

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

CDT

Marzo 2022
Volumen 14 Número 1

www.uc3m.es/cdt

EISSN: 1989-4570

Estudios

- La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas
The reform of Brussels I bis Regulation. Possibilities and perspectives
Prof. Dr. Dres. Hc. BURKHARD HESS 10
- Guarda, tutela y protección de menores en el Derecho de familia marroquí desde el orden público español
Hadana, guardianship and child protection in Moroccan Family Law from Spanish public order
CRISTINA ARGELICH COMELLES 25
- Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente
Return of minors and European public order: the Bosphorus doctrine of equivalent protection
ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS 31
- El pilar europeo de los derechos sociales y el plan de acción: por fin, ¿el modelo social europeo?
The European pillar of social rights and the plan of action: at last, the European social model?
FRANCISC BERNAL SANTAMARÍA 47
- La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas
Council Directive 93/13/EEC on unfair terms and its development by the Court of Justice of the European Union. Contributions to the construction of a protective discipline and open questions
MARTA CARBALLO FIDALGO 65
- Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 junio 2021, C-280/20, República Bulgaria
Factual situation and international legal dispute. Reflexions on ECJ 3 June 2021, C-280/20, Republika Bulgaria
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ 88
- Consecuencias negociales de las prácticas desleales con consumidores: soluciones de Derecho comparado y recientes desarrollos normativos en la Unión Europea
Contractual consequences of unfair commercial practices with consumers: comparative Law solutions and recent regulatory developments in the European Union
ANTONIO CASADO NAVARRO 116
- La armonización de legislaciones, mercado interior y medio ambiente: los retos del pacto verde
Harmonisation of Law, internal market and environment: the challenge of implementing the green deal
N. DE SADELEER 150
- Derecho de la competencia vs. privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?
Antitrust vs. Privacy: the great dilemma in the new digital markets?
FERNANDO DÍEZ ESTELLA / ALBA RIBERA MARTÍNEZ 169

Área de Derecho
Internacional Privado



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es



<p>¿Adiós justicia arbitral, adiós? El fomento de la figura de la desestimación temprana de la demanda (“early dismissal”) como síntoma <i>Goodbye arbitration justice? The promotion of the early dismissal of a claim as a symptom</i> CARLOS ESPLUGUES MOTA</p>	196
<p>El marco jurídico europeo para neutralizar las asimetrías híbridas en cuanto manifestación de elusión fiscal: la transposición de las Directivas Atad I y Atad II en el Derecho español <i>The European legal framework to neutralize hybrid mismatches as a manifestation of tax avoidance: the transposition of eu anti-tax avoidance directives (Atad I & Atad II) in Spanish Law</i> DAVID GARCÍA GUERRERO</p>	239
<p>Marcas compuestas por nombres de celebridades: implicaciones jurídicas de la fama del personaje <i>Trademarks composed by names of celebrities: legal implications of the fame of the person</i> ÁNGEL GARCÍA VIDAL</p>	255
<p>La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor <i>The international child abduction regime in the Brussels II Ter Regulation and its main novelties: towards a better protection of the best interests of the child</i> MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN</p>	286
<p>Il protocollo N. 16 Allegato alla cedu e la funzione consultiva della Corte Europea dei diritti dell’uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana <i>The Protocol No. 16 To the echr and the advisory role of the European Court of Human Rights also in the light of a future and still uncertain Italian ratification</i> CRISTINA GRIECO</p>	313
<p>La nueva fiscalidad de la economía digital: primer paso para una verdadera armonización fiscal internacional <i>The new taxation of the digital economy: first step of a true international tax harmonization</i> PEDRO-JESÚS JIMÉNEZ VARGAS</p>	334
<p>Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental <i>Critical analysis and practical implications of the residual jurisdiction in Regulation 2019/1111 in parental responsibility matters</i> AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ</p>	370
<p>Cuantificando daños por ilícitos antitrust, <i>¿quo vadimus?</i> <i>Quantifying damages for antitrust offences, quo vadimus?</i> GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN</p>	387
<p>Common rules for the internal market in natural gas and the principle of energy solidarity <i>Reglas comunes para el mercado interior del gas y el principio de solidaridad energética</i> PIERALBERTO MENGGOZZI</p>	405
<p>Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual <i>Concretion of the habitual residence of spouses in European marriage crisis, episode 1: still living between several states, there is only one habitual residence</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN</p>	422
<p>Los Derechos Humanos como principio inspirador de la política exterior de España: el visado humanitario <i>Human Rights as an inspiring principle of the Spanish foreign policy: the humanitarian visa</i> LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ</p>	444
<p>Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española <i>International timeshare contracts, some issues raised in the light of Spanish jurisprudence</i> MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ</p>	471
<p>La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial <i>The governance of digital risks: challenges and developments in the regulation of artificial intelligence</i> JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ</p>	489
<p>Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho italiano <i>About the succession rights of the surviving spouse: a comparative perspective with Italian Law</i> MARÍA PATRICIA VIVES VELO DE ANTELO</p>	504

	La prueba del Derecho extranjero y el Artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil <i>The proof of Foreign Law and the Article 33.3 of the Act 29/2015 on international legal cooperation in civil matters</i>		525
<hr/>			
Varia	Alegación y prueba del Derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021 <i>Allegation and proof of Foreign Law: comment on the Judgment of High Court of 21 July 2021</i>		560
	CARMEN DOLORES ALOMAR MARTÍN		
	Conflicto negativo de competencia territorial respecto al <i>exequátur</i> de resolución judicial extranjera proveniente de un tribunal estadounidense: acertada selección del bloque normativo aplicable. A propósito del Auto n.º 260/2020 del Tribunal Supremo <i>Negative conflict of territorial jurisdiction regarding the execution of a foreign judicial resolution from a Us Court: accurate selection of the applicable normative block: for the purpose of order no. 260/2020 of the Supreme Court</i>		570
	LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS		
	La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica?. A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, Ib c. Fa. <i>The habitual residence in a transnational divorce: could a multiple residence preserve the legal security? Regarding the ECJ of 25 of November of 2021, C-289/20, Ib v. Fa.</i>		578
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ		
	La declinatoria de competencia en las sucesiones <i>mortis causa</i> transfronterizas y su impacto en la certeza legal. Comentario a la STJUE de 9 de septiembre de 2021, Rk c. Cr, C-422/20 <i>Declining of jurisdiction in the cross-border successions and its impact on the legal certainty. Commentary to the ECJ resolution of 9 of September of 2021, Rk v. Cr, C-422/20</i>		591
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ		
	Bibliografía de Derecho internacional privado (2020) <i>Private International Law bibliography (2020)</i>		600
	ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ		
	Traslado ilícito a Rumanía de un menor tutelado en Alemania por uno de sus padres con el consentimiento del otro: ¿delito de sustracción de menores? (STJUE de 19 de noviembre de 2020) <i>Unlawful transfer to Romania of a minor under care in Germany by one of his parents with the consent of the other: crime of child abduction? (ECJ November 19, 2020)</i>		653
	FLORA CALVO BABÍO		
	Disparidad de las versiones lingüísticas del convenio bilateral hispano ruso sobre asistencia judicial: auto de la AP de Barcelona (Sección 12) núm. 318/2021 de 27 de julio <i>Disparity of the language versions of the Spanish-Russian bilateral convention on judicial assistance: order of the Court of Appeal of Barcelona (12th section) number 318/2021 of 27th July</i>		662
	LUIS F. CARRILLO POZO		
	Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre <i>International jurisdiction in cases of consensual divorce: order of the Court of Appeal of Alicante (4th Section) number 331/2020 of 22th December</i>		673
	LUIS F. CARRILLO POZO		
	Acción de cesación contra un propietario en el uso con fines turísticos de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal cuando su uso declarado es el de vivienda, ¿foro exclusivo o foro en materia contractual?: A propósito de la Sentencia del TJUE 11 noviembre 2020, Ellmes Property Services Limited C. Sp, C-433/19 <i>Action for a prohibitory order against a co-owner in the use of the property subject for tourist purposes contrary to the designated use for residential purposes, exclusive jurisdiction or jurisdiction in matters relating to a contract?: Purpose to the CJEU Judgement of 11th November 2020, Ellmes Property Services Limited C. Sp, C-433/19</i>		684
	MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ		
	Mantener la atención en la docencia online: aplicación del ciclo del aprendizaje acelerado al Derecho internacional privado <i>How to keep attention in online teaching: applying the cycle of accelerated learning to Private International Law</i>		707
	MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT		

<p>La actitud del demandado en la prórroga de la competencia en los casos de responsabilidad parental. A propósito de los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, 533/2020, de 18 de diciembre de 2020 y 24/2021, de 28 de enero de 2021 <i>The attitude of the defendant in the extension of jurisdiction in cases of parental responsibility. Regarding the orders of the Provincial Court of Barcelona, 533/2020, of December 18, 2020 and 24/2021, of January 28, 2021</i></p>	719
ANTONIA DURÁN AYAGO	
<p>En la restitución de una menor trasladada a un tercer estado no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS y MCP <i>In the return of a child transferred to a third state, the European rules of international judicial competence do not apply. Regarding the STJUE of March 24, 2021, case C-603/20, PPU, SS and MCP</i></p>	727
ANTONIA DURÁN AYAGO	
<p>La donación <i>mortis causa</i> como pacto sucesorio: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, UM, C-277-20 <i>The mortis causa gifts as an agreement as to succession: commentary to the CJEU Judgement of 9 September 2021, UM, C-277-20</i></p>	736
NATIVIDAD GOÑI URRIZA	
<p>Tripulantes de cabina de pasajeros y contrato internacional de trabajo (STSJ de Islas Baleares núm. 54/2021, de 19 febrero) <i>Cabin crew and international labour contract (decision of the Higher Court of Balearic Islands of February 19, 2021)</i></p>	745
PILAR JUÁREZ PÉREZ	
<p>Los nudos problemáticos y la enseñanza del Derecho internacional privado. Casos seleccionados <i>Crux of the problems and the teaching of Private International Law. Selected cases</i></p>	758
ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	
<p>La pignoración de cuentas de centralización de tesorería y la noción de ‘control’ como requisito de aportación de la garantía financiera <i>The creation of in rem rights of pledge over cash pool accounts and the notion of ‘control’ under financial collateral agreements</i></p>	767
BRUNO W. MARTÍN BAUMEISTER	
<p>Derecho de defensa, desconocimiento del idioma y falta de notificación. El orden público internacional y el <i>exequátur</i> de laudos arbitrales <i>Right of defense, unknowledge of language and lack of notification. The international public policy and the executive office of arbitral awards</i></p>	791
CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES	
<p>Denegación de embargo preventivo de buque contra deudor no propietario del buque por la inexistencia de “crédito marítimo” (auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 21 de mayo de 2021) <i>Rejection of arrest of a ship based on the non-maritime nature of the claim (edict of the Commercial Court No 10 of Barcelona, 21st May 2021)</i></p>	809
XABIER ORBEGOZO MIGUEL	
<p>Restitución de menor a Chile: comentario a la sentencia nº 619/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio de 2020 <i>Child restitution to Chile: commentary to the judicial Decree No. 616/2020 of the Provincial Court of Madrid, of 29th July 2020</i></p>	816
GLORIA PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO	
<p>La notificación al demandado con domicilio desconocido y la falta de validez o fuerza ejecutiva del acto judicial en el Derecho internacional privado europeo <i>Service on the defendant whose domicile is unknown and the want of validity or enforceability of judgments under European International Private Law</i></p>	827
JAVIER PÉREZ FONT	
<p>Accidentes de circulación por carretera: competencia judicial internacional, ley aplicable e intereses en caso de mora del asegurador <i>Traffic accidents: jurisdiction, law applicable and interest in case of insurer’s default</i></p>	835
JAVIER PÉREZ FONT	

Contractual performance by a third party governed by <i>lex contractus</i> and the effectiveness of avoidance action in insolvency proceedings: note to the Judgement of the Court of Justice of European Union, April 22 2021, C-73/20 <i>Esecuzione contrattuale da parte di un terzo regolata dalla lex contractus ed efficacia dell'azione di annullamento nelle procedure di insolvenza: nota alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 22 aprile 2021, C-73/20</i> PHUONG THAO PHAN	853
Lugar de trabajo habitual a la luz del artículo 8.2 del Reglamento Roma I. Comentario de la STJUE de 15 julio 2021, asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20 <i>Country in which or from which the employee carry out her/his work in the light of Article 8.2 Regulation Rome I. Commentary to the judgment of the CJEU of 15 July 2021, joined cases C-152/20 and C-218/20</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	858
Reconocimiento y causas de oposición al reconocimiento de un laudo arbitral panameño ¿“no firme”? En España: comentario del Auto nº 176/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de marzo de 2021 <i>Recognition and grounds for refusal of a panamanian “non-final”? Arbitral award before Spanish Courts: comments on the Court Order nº176/2020 of the Superior Court of Justice of Catalonia of 10 March 2021</i> ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	870
Rebeldía estratégica y reconocimiento de laudos arbitrales: comentario del Auto 181/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de marzo de 2021 <i>Strategic default and recognition of arbitral awards: comments on the Court order 181/2021 of the Superior Court of Justice of Catalonia of 22 March 2021</i> ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	885
On the applicable law to detrimental acts, third party payments and “assignment” of claims in cross border insolvency proceedings: comments on CJEU Judgement C-73/20 <i>Frerichs</i> “ <i>nemo datur quod non habet</i> ” <i>Sobre la ley aplicable a los actos perjudiciales y subrogación de pagos de terceros en procedimientos de insolvencia transfronterizos: comentarios a la STJUE C-73/20 Frerichs “nemo datur quod non habet”</i> ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	893
Divorcio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP Murcia 11 febrero 2021 <i>Divorce in Spain and spouses without habitual residence in Spain: how should the Spanish Courts proceed? Commentary by the Provincial Court of Murcia on 11th February 2021</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	904
C-581/20, TOTO: a missed opportunity to cast light on Article 35 of the Brussels I bis Regulation? <i>C-581/20, TOTO: ¿una oportunidad perdida para arrojar luz sobre el Artículo 35 del Reglamento de Bruselas I bis?</i> CARLOS SANTALÓ GORIS	915
Sobre la ley aplicable a los actos realizados en perjuicio de los acreedores <i>On the law applicable to detrimental acts</i> ELISA TORRALBA MENDIOLA	927
Determinación de la edad del ciudadano extranjero y pasaporte <i>Determining the age of the foreign citizen and passport</i> MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ	935
Prohibición de constituir una adopción <i>ex novo</i> en España tras la <i>kafala</i> en el país de origen: de nuevo sobre las dudas de interpretación [AAP Cádiz 1500/2020 y AAP Logroño 173/2021] <i>Prohibition of ex novo adoption in Spain after kafala in the country of origin. Again, on doubts of interpretation [AAP Cádiz 1500/2020 and AAP Logroño 173/2021]</i> MARINA VARGAS GÓMEZ-ÚRRUTIA	947

Congresos

Congresos internacionales dirigidos por la profesora Juliana Rodríguez

El orden público en el Derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares <i>The public order in the Romanian Private International Law in family matters</i> NADIA-CERASEALA ANITEI	956
--	-----

Valve contra UFC-Que Choisir: videojuegos digitales frente al derecho <i>Valve vs UFC-Que Choisir: digital video games versus law</i> ÓSCAR IBÁÑEZ VICENTE	977
The evolution of the position of Italian Case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court <i>L'evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza italiana in tema di ordine pubblico nell diritto internazionale privato della famiglia, alla luce di alcune pronunce recenti della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale</i> FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI	998
 Primer proyecto de la EAPIL Young Researcher Network	
Recognition of a status acquired abroad in the EU. – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero europea – un reto para la legislación nacional</i> SUSANNE GÖSSL / MARTINA MELCHER	1012
Recognition of a status acquired abroad: Italy <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Italia</i> MARTA GIACOMINI / MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO	1044
Recognition of a status acquired abroad: Netherlands <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: países bajos</i> TESS BENS / MIRELLA PEERBOOM-VAN DRUNICK	1062
Recognition of a status acquired abroad: the Baltic States <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: los Países Bálticos</i> KATAŽYNA BOGDZEVIČ / NATALJA ŽITKEVIŠ	1083
Recognition of a status acquired abroad: Spain <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: España</i> MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT / ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	1099
Recognition of a status acquired abroad: Belgium <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Bélgica</i> SARAH DEN HAESE	1111
Recognition of a status acquired abroad: Germany <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Alemania</i> SUSANNE LILIAN GÖSSL	1130
Recognition of a status acquired abroad: Austria <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Austria</i> FLORIAN HEINDLER / MARTINA MELCHER	1148
Recognition of a status acquired abroad: France <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Francia</i> MARION HO-DAC	1169
Recognition of a status acquired abroad: Croatia <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Croacia</i> TENA HOŠKO	1194
Recognition of personal status validly acquired or modified abroad: Hungary <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Hungría</i> TAMÁS SZABADOS	1210

Recognition of a status acquired abroad: Poland <i>Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero: Polonia</i> NATALJA ŽITKEVIČ	1226
--	------

Recensiones	
JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR (Dir). <i>Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales</i> Isabel Antón Juárez	1242
FRANCISCO PASCUAL-VIVES. <i>La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1245
CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA. <i>De la alargada sombra del 'ius cogens'</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1248
ALBERTO MAZZONI / MARIA CHIARA MALAGUTI, <i>Derecho del comercio internacional: Fundamentos y perspectivas</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1251
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.). <i>Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1256
P. FRANZINA. <i>Introduzione al diritto internazionale privato</i> Javier Carrascosa González	1261
FABRIZIO MARRELLA, <i>Manuale di Diritto del commercio internazionale</i> Javier Carrascosa González	1265
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. <i>Derecho internacional privado y dogmática jurídica</i> Manuel Desantes Real	1267
F. RAMÍREZ CABRALES (Ed.). <i>La regulación del derecho al paso inocente de buques extranjeros que navegan por el mar territorial colombiano: propuesta normativa</i> Cesáreo Gutiérrez Espada / María José Cervell Hortal	1271
FERNANDEZ LIESA, CARLOS y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, EUGENIA (directores); URBANEJA CILLAN, JORGE (coordinador). <i>Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales</i> Cesáreo Gutiérrez Espada	1276
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.). <i>El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado</i> Carlos Moreiro González	1280
DAVID CARRIZO AGUADO / LAURA GARCÍA ÁLVAREZ (Coords.). <i>Derecho Internacional privado: casos prácticos resueltos y razonados</i> Guillermo Palao Moreno	1282
PILAR JIMÉNEZ BLANCO, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dir.). <i>Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la contratación</i> Lucas Andrés Pérez Martín	1284
FABRIZIO MARRELLA / NICOLA SOLDATI (Eds.). <i>Arbitration, Contracts and International Trade Law / Arbitrato, contratti e diritto del commercio internazionale. Essays in honor of Giorgio Bernini/ Studi in onore di Giorgio Bernini</i> Ilaria Pretelli	1290
GIRGADO PERANDONES, PABLO y GONZÁLEZ BUSTOS, JUAN PABLO (Coords.). <i>Transparencia y competitividad en el mercado asegurador: Insurtech, distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia</i> Eliseo Sierra Noguero	1292
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores/Autores), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ y JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO (autores). <i>Litigación Internacional en la Unión Europea (V), Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido de la Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023</i> Luis Antonio Velasco San Pedro	1295

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

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

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

ILARIA PRETELLI
(Institut Suisse de Droit Comparé)

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)

ANGELO DAVI

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

PIETRO FRANZINA

(Univ. Ferrara)

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ
(Univ. Autónoma de Madrid)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON

(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

(Letrado DGRN)

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

(Univ. Oviedo)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS

(Univ. Hamburg)

MARIA CHIARA MALAGUTI

(Presidente Unidroit)

PETER MANKOWSKI

(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL

(Univ. Köln)

SILVIA MARINO

(Univ. degli Studi dell'Insubria)

DIETER MARTINY

(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

PIERALBERTO MENGOZZI

(Univ. de Bolonia)

JESÚS R. MERCADER UGUINA

(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS

(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE

(Univ. Lisboa)

HORATIA MUIR-WATT

(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JORGE OVIEDO ALBÁN

(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO

(Univ. de Genève)

CATHERINE PRIETO

(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA

(Univ. Complutense de Madrid)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO

(Univ. Carlos III de Madrid)

MARTA REQUEJO ISIDRO

(Max Planck Institute Luxembourg

for International, European and

Regulatory Procedural Law)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA

(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO

(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO

(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBETTI

(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU
(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Universidad de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Juan Carlos López - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

LA REFORMA DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS. POSIBILIDADES Y PERSPECTIVAS

THE REFORM OF BRUSSELS I BIS REGULATION. POSSIBILITIES AND PERSPECTIVES

PROF. DR. DRES. HC. BURKHARD HESS

*Founding director of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and
Regulatory Procedural Law*

Recibido: 02.12.2021 / Aceptado: 20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6674>

Resumen: De acuerdo con el artículo 79 del Reglamento (UE) 1215/2012, la Comisión de la UE presentará un informe sobre la aplicación del Reglamento Ibis a más tardar el 11 de enero de 2022. Este documento pretende abrir el debate sobre la situación actual y los ajustes necesarios. del Reglamento. Aunque no es necesario cambiar su estructura básica, debe revisarse la relación del Reglamento Ibis con otros instrumentos de la UE (como el Reglamento general de protección de datos). También es necesario abordar las relaciones con terceros Estados, así como el recurso colectivo transfronterizo. El trabajo aborda además varias inconsistencias dentro del presente Reglamento evidenciadas por la jurisprudencia del TJUE, como el concepto de contrato (artículo 7.1), el lugar del daño (artículo 7.2), la protección de la privacidad y el concepto de consumidor. (artículos 17 a 19). Por último, propone la armonización de algunas normas procesales de ejecución de los Estados miembros de la UE: sobre la evaluación de la propia competencia por los tribunales nacionales, sobre la comunicación judicial y sobre los plazos procesales. En general, la próxima revisión del Reglamento Ibis abre una oportunidad para mejorar aún más un instrumento central y ampliamente aceptado del derecho procesal civil europeo.

Palabras clave: Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas Ibis), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cooperación judicial post-Brexit, recurso colectivo transfronterizo, competencias especiales en materia de obligaciones contractuales y extracontractual, protección de la privacidad, legislación de implementación.

Abstract: According to Article 79 of Regulation (EU) 1215/2012, the EU Commission shall present a report on the application of the Brussels Ibis Regulation by 11 January 2022. This paper intends to open the discussion about the present state of affairs and the necessary adjustments of the Regulation. Although there is no need to change its basic structure, the relationship of the Brussels Ibis Regulation with other EU instruments (as the General Data Protection Regulation) should be reviewed. There is also a need to address third-State relationships and cross-border collective redress. In addition, the paper addresses several inconsistencies within the present Regulation evidenced by the case law of the CJEU: such as the concept of contract (Article 7.1), the place of damage (Article 7.2), the protection of privacy and the concept of consumers (Articles 17 - 19). Finally, some implementing procedural rules of the EU Member States should be harmonised, i.e. on the assessment of jurisdiction by national courts, on

*Agradezco a los investigadores del Departamento de Derecho Procesal Europeo y Comparado del Instituto Max Planck de Luxemburgo, en particular a *Cristina Mariottini*, y a *Christian Kohler* y *Marta Requejo Isidro* los estimulantes debates sobre la cuestión. La responsabilidad por las opiniones vertidas es exclusivamente mía. Una versión previa de este documento se presentó oralmente en el seminario *European Civil Justice in Transition: Past, Present & Future*, Rotterdam, 15 de julio de 2021, organizado por *Xandra Kramer*. Este texto ha sido cerrado con fecha de 10 de noviembre de 2021.

judicial communication and on procedural time limits. Overall, the upcoming review of the Brussels Ibis Regulation opens up an opportunity to improve further a central and widely accepted instrument of the European law of civil procedure

Keywords: Regulation 1215/2012 (Brussels Ibis Regulation), Hague Conference of Private International Law, Judicial Cooperation Post-Brexit, Cross-border Collective Redress, Specific Jurisdiction Based on Contract and on Tort, Protection of Privacy, Implementing Legislation

Sumario: I. Introducción. II. Una cuestión fundamental: ¿es necesario cambiar la estructura básica del Reglamento? 1. La función del Reglamento como instrumento básico y de referente de la cooperación judicial civil. 2. La relación con otros instrumentos de la UE. III. Relaciones con terceros Estados. 1. El mayor papel de las relaciones con terceros Estados (especialmente la relación con el Reino Unido tras el Brexit). 2. Evaluar el rol de la Conferencia de La Haya. 3. Previsión de criterios residuales de competencia. IV. El recurso colectivo transfronterizo en el marco del Reglamento. V. Incongruencias específicas en el Reglamento actual. 1. Artículo 7.1: Revisión del concepto de “contrato” en la jurisprudencia del TJUE. 2. Artículo 7.2: creciente fragmentación de la jurisprudencia del TJUE. 3. El concepto de “consumidor” en los artículos 17-19 del Reglamento Bruselas Ibis. 4. Definir y delimitar “resolución” y “transacciones”. 5. Medidas provisionales y cautelares. 6. Adaptación de la letra c) del apartado 1 del artículo 45 al artículo 29 del Reglamento Bruselas. VI. Mejora de las normas de desarrollo del procedimiento. 1. Evaluación de la competencia, artículos 27 y 28: establecer normas uniformes completas. 2. Mejorar la cooperación directa entre los tribunales mediante la comunicación y la asistencia mutuas. 3. Uniformización de los plazos procesales. VII. Observaciones finales: el futuro del “sistema Bruselas”.

I. Introducción

1. Según el artículo 79 del Reglamento Bruselas I^{bis}¹, la Comisión de la Unión Europea presentará un informe sobre la aplicación del Reglamento antes del 11 de enero de 2022. Hasta el momento, que yo sepa, la Comisión no ha convocado ninguna licitación². Esto puede deberse a otros desarrollos en curso en el ámbito del derecho procesal de la UE, especialmente en el campo de la digitalización (e-Codex) y de la protección del Estado de Derecho, en los que la Comisión está actualmente involucrada a fondo. Sin embargo, ha llegado el momento de evaluar la situación Reglamento y reflexionar sobre las reformas necesarias. En este marco deberían abordarse también los roles que desempeñan, respectivamente, el TJUE y el legislador de la UE: y es que, como regla de principio, el TJUE no puede modificar las estructuras fundamentales del Derecho de la Unión; corresponde al legislador de la UE adoptar los cambios importantes³.

2. El presente documento pretende abrir un debate sobre los posibles cambios del Reglamento de Bruselas I^{bis}. Su punto de partida es doble: por un lado, examina las propuestas ya formuladas en 2010, cuando la Comisión de la UE presentó su opinión sobre la reforma del Reglamento Bruselas. Por otro lado, analiza la jurisprudencia reciente del TJUE para ver si son necesarias adaptaciones fundamentales del Reglamento en vigor. La intención de este artículo no es presentar propuestas detalladas de cambios, sino abrir el debate sobre las mejoras necesarias del Reglamento.

¹ 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, DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² Este dato podría modificarse en breve. Investigadores del Instituto Max Planck de Luxemburgo han comenzado a recibir invitaciones de diversas empresas para formar parte de equipos de investigación y realizar “country reports”, con vistas a participar en la oferta pública que prepara la Comisión.

³ B. HESS, “Seminal Judgments in the case law of the European Court of Justice”, en B. HESS/K. LENAERTS (eds.), *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Nomos/Hart, 2020, p. 5 y ss., esp. p. 43.

II. Una cuestión fundamental: ¿es necesario cambiar la estructura básica del Reglamento?

1. La función del Reglamento como instrumento básico y de referente de la cooperación judicial civil

3. Desde los años setenta, a través de las normas sobre competencia, litispendencia y reconocimiento y ejecución, el Reglamento Bruselas I^{bis} (más exactamente, su antecedente, el Convenio de Bruselas⁴, y luego el Reglamento Bruselas I⁵) ha sentado la estructura fundamental y ha servido de instrumento básico en el ámbito de la cooperación judicial civil en la Unión Europea. Durante los últimos veinte años, su función se ha modificado y extendido, ya que se ha convertido en el instrumento de referencia principal en el sistema ampliado de instrumentos europeos de derecho internacional privado y procesal⁶. En este sentido, el Reglamento ha funcionado bien⁷. Cabría concluir sin más, con ello a la vista, que en el estado actual de las cosas no hay ninguna necesidad imperiosa de cambiar la estructura fundamental del Reglamento de Bruselas I^{bis}. Conviene recordar, en particular, que el régimen reformado de ejecución establecido en el capítulo III del texto todavía no se ha puesto a prueba en la práctica; de hecho, hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha dictado muy pocas sentencias sobre ese nuevo régimen⁸.

4. Al mismo tiempo, no cabe desconocer que desde el Milenio el entorno jurídico del Reglamento Bruselas I^{bis} ha cambiado considerablemente. En el actual “sistema Bruselas”⁹, el Reglamento establece definiciones, conceptos y soluciones básicas (como “materia civil y mercantil”, “resoluciones judiciales”, “consumidor”, o litispendencia basada en la prioridad temporal), que reproducen otros instrumentos paralelos. El Reglamento sirve así como referente para completar estos otros instrumentos: son ejemplo, entre otros, el artículo 6 del Reglamento (CE) 1896/2006¹⁰ y el artículo 32 del Reglamento (UE) 848/2015¹¹. Esta función –si se quiere, residual– sí se beneficiaría de una revisión a fondo del Reglamento Bruselas I^{bis} en particular si las definiciones y delimitaciones de los conceptos, especialmente en los artículos 2 y 3, se llevaran a cabo con mayor claridad. Un buen ejemplo de ello lo proporcionan las nociones de “tribunales”¹² y de “acuerdos”¹³.

2. La relación con otros instrumentos de la UE

5. Una nueva categoría de problemas ha surgido con los instrumentos sectoriales de la UE destinados a la defensa privada de intereses públicos (“private enforcement”). Las implicaciones políticas y

⁴ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299, 31 de diciembre de 1972.

⁵ Reglamento (CE) n° 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, DO L 12, de 16 de enero de 2001.

⁶ B. Hess, “Seminal Judgments...”, p. 32 y ss.

⁷ D. Coester-Waltjen, “Einige Überlegungen zum Gebot der übergreifenden systematischen Auslegung nach Erwägungsgrund 7 Rom I-VO“, IPRax, 2020, p. 385, esp. p. 386 y ss.

⁸ La más importante fue la del TJUE, 3 de septiembre de 2020, as. C-186/19, *Supreme Site Services*, EU:C:2020:638. La misma opinión: P. OBERHAMMER/F. SCHOLZ/K. AUERNIG/J. SCHUMANN, “Default Procedures and Judgments in Cross-border Settings”, en B. HESS/P. ORTOLANI (eds.), *Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments, Luxembourg Report on European Procedural Law*, Vol. I, Hart/Beck/Nomos, 2019, apartado 150.

⁹ La expresión “sistema Bruselas” designa todos los instrumentos de la UE sobre competencia, litispendencia y reconocimiento en materia civil y mercantil que se basan principalmente en la estructura del Reglamento de Bruselas I^{bis}. No incluye los relativos a Derecho de familia ni a insolvencia transfronteriza: véase B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2ª.ed.), De Gruyter, 2021, apartados 1.39 - 1.40.

¹⁰ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*..., apartados 10.57 y ss.

¹¹ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*..., apartados 9.60 y ss.

¹² TJUE, 9 de marzo de 2017, C-551/15, *Pula Parking*, EU:C:2017:193; M. MANTOVANI, “Notaries and their debt-collection writs under the Brussels Ia Regulation. A difficult characterisation”, *Journal of Private International Law*, 2019, p. 393 y ss.

¹³ Véase infra, bajo los apartados 26 y ss.

sistémicas más amplias de este enfoque normativo aún no se han analizado de manera suficiente. Por lo general, estos instrumentos solo contienen una disposición que establece que se aplican “sin perjuicio” de las normas existentes de Derecho internacional y procesal privado¹⁴. El instrumento más destacado a este respecto es el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), cuyos artículos 89-91 traen consigo efectos perturbadores para el sistema Bruselas¹⁵. Aclarar la relación entre el sistema Bruselas y los litigios transfronterizos en el marco de los instrumentos sectoriales debería convertirse en una prioridad de la reforma del Reglamento Bruselas I^{bis}¹⁶. Lo mismo cabe decir en relación con la Directiva sobre el recurso colectivo de los consumidores¹⁷.

6. Un problema adicional se encuentra en la (poco clara) definición de lo que sea un “asunto transfronterizo”. En principio, el Reglamento solo se ocupa de este tipo de casos, por referencia al artículo 81 del TFUE en tanto que competencia de la UE en la que se basa el instrumento. El entendimiento básico “transfronterizo” se refiere a constelaciones en las que las partes en litigio están domiciliadas en diferentes Estados miembros de la UE. Sin embargo, la situación se complica si lo que está en juego es la ejecución de una decisión puramente doméstica en el extranjero¹⁸, o, como se aprecia en la cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia en el as. C-296/20, si una parte de un contrato de consumo nacional se traslada, tras la celebración del contrato, a otro Estado miembro de la UE¹⁹.

III. Relaciones con terceros Estados

1. El mayor papel de las relaciones con terceros Estados (especialmente la relación con el Reino Unido tras el Brexit)

7. En 2012, el legislador de la UE no respaldó las propuestas de gran alcance de la Comisión de la UE sobre la aplicación del Reglamento en situaciones que implicaran a terceros Estados²⁰. Solo amplió algunas de los criterios de jurisdicción en litigios en que figura una “parte débil” (litigios de consumo y laborales), que pasan a aplicarse a los demandados con domicilio en terceros Estados²¹. En particular, no se tuvieron en cuenta las propuestas de la Comisión de establecer criterios de competencia residuales²². En lo que respecta a la litispendencia y las acciones conexas, los nuevos artículos 33 y 34 del Reglamento Bruselas I^{bis} sobre las relaciones con terceros Estados aún no han tenido ninguna repercusión práctica. El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales procedentes de

¹⁴ Véase, por ejemplo, el considerando 147 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119, de 4 de mayo de 2016; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 11.102 y ss.

¹⁵ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 11.4 y ss.

¹⁶ En especial, es necesario revisar la norma general del artículo 67 Bruselas I^{bis}, sobre la preferencia de los instrumentos sectoriales de la UE. Acerca de esta disposición véase C. MARIOTTINI, en “Brussels I bis. A Commentary”, M. REQUEJO ISIDRO (ed.), Edward Elgar Publishing, en prensa.

¹⁷ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/EC. Véase infra, apartados 12 y ss.

¹⁸ En el momento en que una sentencia dictada por un tribunal del Estado miembro A se ejecuta en el Estado miembro B, se aplica el Reglamento, cf. artículos 39 y siguientes. Sin embargo, esta constelación no se aborda claramente en el presente instrumento. La definición de casos “transfronterizos” que figura, por ejemplo, en el artículo 3 del Reglamento sobre litigios de escasa cuantía (Reglamento 867/2007) es demasiado limitada.

¹⁹ Véase infra, apartados 24 y ss.

²⁰ COM (2010) 748 final; comentado por G. VAN CALSTER, *European Private International Law* (3^a ed.), Intersentia, 2021, apartados 2.505 y ss.; J. BASEDOW, *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, 2021, Parte X, apartados 39 y ss.

²¹ Lo mismo sucede con los acuerdos atributivos de competencia: el ámbito de aplicación de Bruselas I^{bis} se amplió a cualquier atribución a un tribunal de un Estado miembro de la UE, artículo 25 (1) Bruselas Ibis. Cf. B. HESS, *Europäisches ...*, apartados 6.150 y ss.

²² El artículo 79 establece explícitamente que la relación con los terceros Estados se revisará en la próxima reforma del Reglamento Bruselas I^{bis}.

terceros Estados siguen siendo competencia de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE²³.

8. Tras el Brexit, el impacto práctico de las limitaciones del régimen Bruselas en situaciones que involucran a terceros Estados ha aumentado considerablemente los problemas prácticos de los litigantes. El Brexit “duro” en el Derecho internacional y procesal privado europeo afecta negativamente a las relaciones jurídicas existentes y futuras entre partes que viven en el Reino Unido y en el continente²⁴. El desfase del régimen jurídico es enorme. En los casos en que los litigios se iniciaron antes del 31 de diciembre de 2020, el régimen anterior sigue siendo plenamente aplicable, con todas las garantías procesales y los privilegios que el Reglamento Bruselas I^{bis} ofrece a los litigantes²⁵. Sin embargo, para procesos incoados después del 1 de enero de 2021 son aplicables las reglas autónomas de los Estados miembros de la UE: criterios de competencia exorbitantes, *cautio iudicatum solvi*²⁶, y ninguna garantía de que una sentencia (por supuesto, solo después de adquirir firmeza) será reconocida y ejecutada²⁷.

2. Evaluar el rol de la Conferencia de La Haya

9. Ni que decir tiene que el protagonismo de la Conferencia de La Haya podría incrementarse debido a los últimos acontecimientos en Europa; también, en atención al inestable panorama mundial de la resolución de conflictos entre particulares. En este sentido, el actual dominio de la cultura democrática occidental, basada en el Estado de Derecho, está siendo cuestionado²⁸. El Convenio de La Haya sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial de 2019 establece un régimen mínimo de reconocimiento de sentencias, pero está plagado de excepciones²⁹. Aun así, el Convenio cubrirá los ámbitos fundamentales de los litigios comerciales³⁰. Por consiguiente, tanto la Unión Europea como el Reino Unido deberían ratificarlo para restablecer la seguridad jurídica en estos ámbitos fundamentales. Esto no excluye la negociación de un tratado bilateral entre la Unión y el Reino Unido que debería abarcar también los asuntos de familia (especialmente el divorcio y la pensión alimenticia).

3. Previsión de criterios residuales de competencia

10. En 2010, la Comisión de la UE había propuesto ampliar la jurisdicción del Reglamento a los demandados domiciliados en terceros Estados³¹. La propuesta sostenía que criterios de competencia especiales por razón de la materia deberían aplicarse a los demandados de terceros Estados³². Lo cierto es

²³ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 5.82 y ss.

²⁴ A. DICKINSON, “Realignment of the Planets – Brexit and European Private International Law”, IPRax 2021, pp. 213 y ss., con otras referencias.

²⁵ Véase el artículo 67 del Acuerdo de Retirada, Bundesgerichtshof (BGH), 15 de junio de 2021, II ZB 35/20 (*Air Berlin*), apartados 40 y siguientes.

²⁶ BGH, 1 de marzo de 2021, X ZR 54/19. La garantía de las costas también se aplica a los casos iniciados antes del 1 de enero de 2021.

²⁷ Si alguien quiere evaluar los logros del sistema Bruselas durante los últimos cincuenta años puede simplemente comparar la situación jurídica actual dentro de la UE27 y la creciente incertidumbre para los litigantes privados después del Brexit.

²⁸ H. MUIR WATT, “Le droit international privé au service de la géopolitique - les enjeux de la Convention de la Haye du 2 juillet 2019”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2020, pp. 191 y ss.

²⁹ H. SCHACK, “Das neue Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen”, IPRax, 2020, p. 1 y ss.; A. STEIN, „Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 - was lange währt wird endlich gut?“, IPRax, 2020, p. 197, 199 y ss.; A. BONOMI/C. MARIOTTINI, “A Game Changer in International Litigation? Hoja de ruta para el Convenio de La Haya de 2019”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, volumen 20, 2018/2019, pp. 537 y ss., esp. 542-545.

³⁰ El 16 de julio de 2021, la Comisión publicó una propuesta de adhesión al Convenio de La Haya de 2019, COM (2021) 388 final.

³¹ EU COM (2010) 748, pp. 4-5.

³² En consecuencia, parece preferible extender solo algunos de los foros (especialmente el artículo 8.1 y el artículo 11 de Bruselas I^{bis}) a terceros Estados.

que esta idea va en contra del entendimiento básico de que el sistema Bruselas tiene como objetivo principal coordinar los litigios civiles dentro del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (artículo 67 del TFUE), hasta el punto de que puede acabar en la adopción de un régimen “*effet réflexe*”. Sin embargo, en el (complejo) mundo actual, podría tener mucho sentido ampliar algunas de las competencias específicas del Reglamento Bruselas I^{bis} a litigios contra demandados domiciliados terceros Estados³³.

11. Esta ampliación debería operar junto con dos criterios de competencia adicionales (competencia subsidiaria³⁴ y *forum necessitatis*³⁵). A este respecto, se recomienda retomar la propuesta de la Comisión de la UE³⁶, que supondría la sustitución de los foros exorbitantes actualmente aplicables a los demandados domiciliados en terceros Estados según lo dispuesto por las leyes nacionales de los Estados miembros de la UE.

IV. Recurso colectivo transfronterizo en el marco del Reglamento

12. Una de las evoluciones recientes de los litigios transfronterizos está relacionada con el recurso colectivo, tal como demuestra la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁷. La Directiva (UE) 2020/1828 sobre el recurso colectivo de los consumidores³⁸ respalda el reconocimiento mutuo de la capacidad jurídica de las entidades cualificadas (asociaciones de consumidores). No aborda directamente, en cambio, cuestiones de competencia judicial internacional o de ejecución; y en cualquier caso solo prevé una armonización mínima. En la actualidad, varios Estados miembros de la UE, especialmente los Países Bajos, ya prevén recursos adicionales y más eficaces³⁹.

13. Desde la perspectiva del Reglamento Bruselas I^{bis}, el recurso colectivo plantea cuestiones de competencia (especialmente la aplicación de los artículos 7.2 y 8.1⁴⁰), de litispendencia y conexidad (en relación con los demandantes representados y el momento de la litispendencia) y de reconocimiento (en relación con los efectos vinculantes de las sentencias y las transacciones aprobadas por los tribunales sobre las demandas paralelas). Algunas aclaraciones básicas en este ámbito serían sin duda útiles y adecuadas⁴¹.

14. Por lo que respecta a la jurisdicción, se podría considerar la posibilidad de establecer un fuero específico para los créditos cedidos o transferidos⁴² a una asociación de consumidores⁴³. En el caso

³³ Jurisdicción especialmente protectora para los contratos de seguros - un tema con relevancia específica después del Brexit ya que muchas aseguradoras están domiciliadas en el Reino Unido.

³⁴ Propuesta de la Comisión (2010): “Artículo [25] Jurisdicción subsidiaria”.

³⁵ Propuesta de la Comisión (2010): “Artículo [26] Forum necessitatis”.

³⁶ En consonancia con *Nait Liman vs. Suiza*, sentencia del TEDH de 15 de marzo de 2018, recurso nº 51357/07

³⁷ TJUE, 25 de enero de 2018, as. C-498/16, *Schrems II*, EU:C:2018:37; TJUE, 28 de julio de 2016, as. C-191/15, *VKI./Amazon*, EU:C:2016:612; TJUE, 9 de julio de 2020, as. C-343/19, *VKI*, EU:C:2020:534; TJUE, 12 de mayo de 2021, as. C-709/19, *VEB*, EU:C:2021:377.

³⁸ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, DO L 409, 4 de diciembre de 2020.

³⁹ T.C.M. ARONS, “Cross-border dimension of collective proceedings in the Brussels Ibis regime: jurisdiction, lis pendens and related actions”, en P. MANKOWSKI (ed.), *Elgar Research Handbook Brussels I bis Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 1 y ss, 13 y ss; T. BOSTERS, *Collective Redress and Private International Law in the EU*, Springer, 2017, p. 47 y ss.

⁴⁰ Se podría considerar la ampliación del artículo 8.1 del Reglamento Bruselas Ibis a los demandados domiciliados en terceros Estados con el fin de promover los litigios sobre derechos humanos en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, cf. B. HESS/M. MANTOVANI, “European Perspectives on Human Rights Litigation”, en F. FERRARI/D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 293 y ss.

⁴¹ Cf. B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartado 11.78 y ss.

⁴² En los Estados miembros de la UE existen diferentes modelos de transferencia de las reclamaciones individuales de los consumidores a las asociaciones de defensa de sus intereses.

⁴³ Como es sabido, el TJUE no aplicó el artículo 18 a las demandas cedidas en *Schrems II*, 25 de enero de 2018, as. C-498/16, EU:C:2018:37.

de la protección de los consumidores, la jurisdicción podría situarse en el Estado miembro del domicilio de los consumidores⁴⁴. En lo que respecta a la litispendencia, debería existir una norma según la cual solo son admisibles las reclamaciones colectivas transfronterizas basadas en un opt-in (explícito)⁴⁵. Además, el artículo 30 del Reglamento Bruselas I^{bis} debería ser obligatorio para evitar el solapamiento de las demandas colectivas. Por último, el momento de litispendencia (artículo 32 del Reglamento Bruselas I^{bis}) debería aclararse en el sentido de que el momento pertinente debería identificarse en la solicitud para ser admitido como demandante (principal) en un caso colectivo⁴⁶. Como regla general, el primer paso para presentar una demanda colectiva debería ser decisivo.

V. Incongruencias específicas del Reglamento actual

15. Aparte de estas cuestiones generales, quedan por abordar varias otras relacionadas con la jurisprudencia actual del TJUE. La siguiente sección abordará las (a mi juicio) más urgentes.

1. Artículo 7.1: Revisión del concepto de “contrato” en la jurisprudencia del TJUE

16. En primer lugar, la estructura básica del artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I^{bis} no es equilibrada. Actualmente⁴⁷, la disposición prevé un sistema de dos niveles: las letras a) y b) remiten a la *fórmula Tessili* del TJUE⁴⁸, mientras que la letra c) prevé un concepto autónomo para los contratos de venta y de servicios. Veinte años después de la introducción del concepto autónomo, podría ser aconsejable aplicarlo a todos los contratos y desechar la antigua fórmula *Tessili*, que parece innecesariamente complicada: dicha fórmula, de hecho, remite a las normas de conflicto de leyes y prevé diferentes lugares de cumplimiento (y criterios de competencia) para las diferentes obligaciones del contrato. Sin embargo, descartar la fórmula *Tessili* no implica que no haya ninguna disposición residual; debería, eso sí, basarse en un concepto autónomo de “lugar de cumplimiento”.

17. En segundo lugar, la noción (autónoma) de contrato según el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I^{bis} no es clara. Según la jurisprudencia del TJUE, un contrato a efectos del artículo presupone el establecimiento de una obligación jurídica libremente asumida por una persona⁴⁹. Sin embargo, la aplicación del artículo 7.1 no exige que las partes del procedimiento sean partes directas del contrato⁵⁰. La

⁴⁴ Ello correspondería al artículo 18 del Reglamento Bruselas I^{bis}.

⁴⁵ Esta solución se ajusta al apartado 3 del artículo 9 de la Directiva 2020/1828. Opinión diferente T.C.M. ARONS, *loc. cit.*, pp. 37-38: Un régimen de exclusión voluntaria (opt-out) sería compatible con el Reglamento Bruselas I^{bis}, ya que las partes representadas que no hayan sido debidamente informadas están protegidas por su artículo 45 (1) (b). Sin embargo, esta disposición se aplica al deudor, no al acreedor. Además, el establecimiento de un régimen de exclusión voluntaria en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia requiere un marco legislativo del legislador de la UE, debido a las competencias exclusivas de la Unión en este ámbito.

⁴⁶ En los procedimientos de “casos modelo” del mercado de capitales alemán (Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz, KapMuG), en un periodo de seis meses tras la presentación de la solicitud inicial (para una acción de “caso modelo”), el demandante necesita que se le unan al menos nueve solicitudes adicionales (secciones 6 y 9 KapMuG). Sin embargo, en el contexto del artículo 32 del Reglamento Bruselas I^{bis}, la primera solicitud de procedimiento colectivo es decisiva. Por este motivo cabe criticar la decisión del Tribunal de Distrito de Ámsterdam, 26 de septiembre de 2018, NL:RBAMS:2018:6840 (*Steinhoff*), donde el tribunal holandés se refirió al momento en que diez demandantes habían presentado sus solicitudes. Para una opinión diferente, T. ARONS, *loc. cit.*, pp. 32-33.

⁴⁷ La estructura de la disposición se remonta, como es sabido, al artículo 5.1 del Reglamento (CE) 44/2001.

⁴⁸ TJUE, 6 de octubre de 1976, as. C-12/76, *Tessili*, EU:C:1976:133. Cf. C. MICHAILIDOU, *La delimitación entre las competencias especiales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. Un enfoque interpretativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (en griego - en prensa).

⁴⁹ TJUE, 17 de junio de 1992, as. C-26/91 *Handie*, EU:C:1992:268; para un resumen y crítica de la jurisprudencia, véase G. VAN CALSTER, *op. cit.*, apartado 2.386 y ss.

⁵⁰ TJUE, 4 de octubre de 2018, as. C-337/17, *Feniks (actio pauliana)*, EU:C:2018:805; TJUE 7 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *flightright* (compañía aérea), EU:C:2018:160; G. VAN CALSTER, *op. cit.*, apartado 2.392 y ss.

ampliación a sujetos “no partes” del fuero de los contratos ha suscitado considerables dudas. Además, no es fácil de conciliar con los principios rectores de previsibilidad y conexidad de los foros del Reglamento Bruselas I^{bis}⁵¹. Hay que añadir que el TJUE no aplica el mismo concepto de “contrato” en materia de consumo⁵². En principio, parece aconsejable restringir el concepto de contratos del artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I^{bis} y limitar su alcance a las partes del contrato en cuestión (y a sus sucesores).

2. Artículo 7.2: creciente fragmentación de la jurisprudencia del TJUE

18. La jurisprudencia del TJUE en relación con el concepto de lugar del hecho dañoso (que incluye el lugar del daño) genera aún más incertidumbre. A este respecto, me gustaría destacar dos problemas principales. Por un lado, la localización de los daños inmateriales ha desencadenado numerosas y recurrentes cuestiones prejudiciales. Lamentablemente, el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia fragmentada que ha generado a su vez más y más referencias adicionales. Casos recientes como *VKI./Volkswagen* y *VEB* demuestran las dificultades para localizar el lugar del daño patrimonial. No sorprende que varios abogados generales hayan invitado al Tribunal de Justicia a renunciar a la competencia en el “Schadensort” (lugar del daño) en estos casos. Según la jurisprudencia del TJUE⁵³, las pérdidas puramente económicas (que se reflejan en una cuenta bancaria) no crean ningún “Erfolgsort” en virtud del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I^{bis}, a menos que se concurren elementos adicionales.

19. Otra cuestión es la relativa a la protección de los derechos de la personalidad. En *Shevill*⁵⁴ el TJUE desarrolló el principio del “mosaico”, que permite a la víctima de un violación de la intimidad a través de la prensa demandar por daños parciales en todos los lugares en los que se distribuyó el artículo. Sin embargo, *Shevill* se decidió antes de la era de Internet. Hoy en día, la información está disponible en todo el mundo y no es fácil de determinar y evaluar por el “número de clics” que recibe un artículo o un post. En *eDate Advertising*⁵⁵ el Tribunal desarrolló el artículo 7.2 adoptando, a efectos de competencia judicial internacional, el criterio del “centro de interés” de la persona afectada, estimando que allí es donde se produce el daño. En el caso de una persona jurídica, el “centro de intereses” se sitúa (presumiblemente) en el lugar donde realiza sus principales actividades económicas⁵⁶.

20. En el reciente asunto *Mittelbayerischer Verlag*, el Tribunal restringió el alcance del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I^{bis} en los casos de difamación al exigir, para la aplicación del criterio “centro de interés”, una referencia directa al demandante en el artículo o blog que contiene la supuesta difamación⁵⁷. Sin embargo, como el abogado general Bobek señaló claramente en sus conclusiones, el problema de este asunto no era principalmente el establecimiento de la jurisdicción en virtud del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I^{bis}, sino la desestimación de la demanda por otros motivos⁵⁸.

⁵¹ Véase el considerando 16 del Reglamento Bruselas I^{bis}, a menudo citado por el TJUE como principio general de interpretación de los foros especiales de competencia.

⁵² TJUE, 26 de marzo de 2020, as. C-215/18, *Primera Air Scandinavia*, EU:C:2020:235.

⁵³ Más recientemente, Conclusiones del abogado general CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 2 de abril de 2020, as. C-343/19, *VKI./Volkswagen*, EU:C:2020:253, apartados 46 y 47, y Conclusiones abogado general Campos Sánchez-Bordona, 17 de diciembre de 2020, as. C-709/19, *VEB*, EU:C:2020:1056, apartados 40 y ss., que hacen referencia a las Conclusiones del abogado general SZPUNAR, 10 de marzo de 2016, as. C-12/15, *Universal Music*, EU:C:2016:161, apartado 38.

⁵⁴ TJUE, 7 de marzo de 1995, as. C-68/93, *Shevill./Presse Alliance*, EU:C:1995:61.

⁵⁵ TJUE, 25 de octubre de 2011, as. asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate y Martínez*, EU:C:2011:685.

⁵⁶ TJUE, 17 de octubre de 2017, as. C-194/16, *Bolagsupplysningen*, EU:C:2017:766. En sus conclusiones en el as. C-251/20, el abogado general HOGAN se ocupa largamente del principio del mosaico y de los argumentos sobre si debe o no conservarse. Está por ver si el TJUE retomará sus disquisiciones, habida cuenta de que la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés no se refiere al derecho a la privacidad, sino (como las mismas conclusiones reconocen) a un acto de competencia desleal.

⁵⁷ TJUE, 17 de junio de 2021, as. C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag*, EU:C:2021:489.

⁵⁸ Conclusiones del abogado general BOBEK, 23 de febrero de 2021, as. C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag*, EU:C:2021:124. Según ellas no estaba claro si el caso equivalía a un abuso de procedimiento (M. Bobek no abordó abiertamente la cuestión).

21. El mal uso de las demandas por difamación se debate actualmente en el contexto de las SLAPP⁵⁹. Para estos casos, un reciente estudio del Parlamento de la UE⁶⁰ propone concentrar la jurisdicción en el domicilio de la persona contra la que se dirige la demanda; lo que es lo mismo, el artículo 4 del Reglamento Bruselas I^{bis}. Con el debido respeto, esta propuesta no resulta satisfactoria. Aunque es necesario combatir eficazmente los litigios abusivos, hay igualmente muchos casos en los que las víctimas cuyos derechos a la intimidad y a la personalidad se ven vulnerados necesitan presentar una demanda en el lugar de su centro de interés principales para obtener una protección judicial efectiva.

22. Otra cuestión muy debatida se refiere a las medidas cautelares contra las infracciones difundidas a través de las plataformas de Internet y a las medidas cautelares para la retirada de contenidos de las mismas. En el asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, el Tribunal tuvo que decidir sobre una solicitud de medida cautelar extraterritorial contra Facebook, presentada por un político austriaco que había sido insultado a través de la plataforma⁶¹. El Tribunal autorizó un requerimiento para la retirada del contenido en todo el mundo desoyendo la opinión del abogado *Szpunar*⁶², que había abogado por una solución mucho más restrictiva, favoreciendo una limitación territorial del requerimiento apoyada por el geo-bloqueo⁶³.

23. Por último, podría ser aconsejable separar la protección del derecho a la intimidad del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I^{bis} y abordarla en un apartado independiente dentro del precepto. Esta nueva disposición debería recoger el planteamiento del TJUE sobre el centro de intereses para las infracciones de Internet, y limitar el principio de mosaico a las infracciones de las publicaciones impresas⁶⁴. Además, la nueva disposición debería aclarar la jurisdicción y el alcance (extra)territorial de las medidas cautelares por referencia al geo-bloqueo⁶⁵. Una vez más, la jurisdicción debería concentrarse en el lugar de los principales intereses de la persona afectada. Por último, parece deseable una concertación con las acciones de cesación en el marco del RGPD.

3. El concepto de “consumidor” en los artículos 17-19 del Reglamento Bruselas I^{bis}

24. También podría ser aconsejable revisar la protección de los consumidores. De entrada, porque en este ámbito el TJUE se ha mostrado muy generoso, incluyendo a empresarios y profesionales en el ámbito de la protección cuando sean partes en contratos al margen de sus actividades profesionales⁶⁶. Por otra parte, de forma un tanto paradójica la protección de los consumidores se limita a los litigios contractuales. El reciente litigio *Volkswagen* demuestra que las reclamaciones derivadas de la responsabilidad por productos defectuosos (y el fraude) contra los consumidores no están incluidas en el sistema de protección del Reglamento⁶⁷. Sería conveniente colmar esta laguna.

⁵⁹ El acrónimo significa “Strategic Lawsuit Against Public Participation” (litigio estratégico contra la participación pública).

⁶⁰ PE 694.872 - junio de 2021.

⁶¹ TJUE, 9 de octubre de 2021, as. C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821, L. KUSCHEL, “Zur inhaltlichen und räumlichen Reichweite von Anordnungen gegen Hosting-Provider”, IPRax, 2020, p. 419 y ss.

⁶² TJUE, 4 de junio de 2019, conclusiones del abogado general SZPUNAR, as. C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:458, apartado 76 y ss. con referencia a M. DOUGLAS, “Extraterritorial Injunctions Affecting the Internet”, *Journal of Equity*, 2018, p. 34 y ss, esp. 54 y ss.

⁶³ En sus conclusiones en el as. C-507/17, de 10 de enero de 2019, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, EU:C:2019:15, el abogado general SZPUNAR propuso una solución similar para la retirada de enlaces a la información en el contexto de la protección de los nombres de dominio efectuada por los motores de búsqueda.

⁶⁴ Hasta el día de hoy, el TJUE no ha renunciado al principio “mosaico”, a pesar de que fue desarrollado en un momento histórico netamente distinto. El abogado general Cruz Villalón, en sus Conclusiones en los as. acumulados C-509/09 y C-161/10, 29 de marzo de 2011, *eDate y Martínez*, EU:C:2011:192, apartados 54 y ss, esp. apartado 67, ya propuso alterar el enfoque *Shevill* renunciando al principio “mosaico”.

⁶⁵ G. VAN CALSTER, *op. cit.*, apartado 2.256 y ss.

⁶⁶ Recientemente: TJUE, 10 de diciembre de 2020, as. C-774/19, *Personal Exchange International*, EU:C:2020:1015, por el que se califica de consumidor a un jugador de póquer semiprofesional; TJUE, 3 de octubre de 2019, as. C-208/18, *Petruchová*, EU:C:2019:825; y TJUE, 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *Reliantco*, EU:C:2020:264.

⁶⁷ Conclusiones abogado general CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 17 de diciembre de 2020, as. C-709/19, *VEB*, EU:C:2020:1056.

25. Otro problema se refiere al momento pertinente para determinar el domicilio del consumidor y, con él, la competencia judicial internacional a efectos de la sección 3 del Capítulo II del Reglamento. En varios casos recientes, el TJUE ha tenido que decidir si un contrato nacional se convierte en transfronterizo cuando un consumidor se traslada a otro Estado miembro de la UE tras celebrarse el contrato. Aquí se plantea la cuestión de si el domicilio migra con el consumidor. Habiendo el TJUE decidido en sentido afirmativo⁶⁸, sería oportuno que el legislador de la UE aclarara de forma inequívoca que la jurisdicción en virtud de los artículos 17 y 18 del Reglamento Bruselas I^{bis} requiere que la empresa dirija actividades comerciales al Estado miembro del *nuevo* domicilio del consumidor⁶⁹. Por último, debería suprimirse la excepción del artículo 17.3 para los contratos de transporte en los que intervienen consumidores, ya que actualmente es utilizada por las compañías aéreas para eludir la responsabilidad que pesa sobre ellos en relación con los pasajeros en virtud del Reglamento (CE) 261/2004⁷⁰.

4. Definir y delimitar “resolución” y “transacciones”

26. La jurisprudencia reciente del TJUE demuestra las incertidumbres sobre el concepto de “resolución”. El artículo 2 del Reglamento Bruselas I^{bis} establece una definición amplia⁷¹. En varios casos - la mayoría de ellos relacionados con notarios croatas - el Tribunal ha desarrollado una interpretación matizada, aceptando que es “resolución” la que recae en procedimientos judiciales que ofrecen garantías de independencia e imparcialidad y de cumplimiento del principio de *audiatur et altera parte*⁷². Esta jurisprudencia, que refleja la importancia de la independencia judicial garantizada por los artículos 19 TUE y 47 TFUE, debería incluirse en la definición que figura en la letra a) del artículo 2. Ahora bien, existe una discrepancia entre el artículo 2 y el 3 del Reglamento. Este último incluye expresamente las órdenes de pago emitidas por los notarios húngaros en el ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, el estatuto y los procedimientos de este notariado son similares a los de los notarios croatas, ya que Croacia sigue el modelo del procedimiento de órdenes de pago húngaro⁷³. En consecuencia, las órdenes de pago emitidas por los notarios húngaros y croatas no deberían considerarse como resoluciones ejecutivas que circulan en el ámbito del Reglamento⁷⁴.

27. Otra cuestión se refiere a la delimitación de las sentencias y los acuerdos o transacciones. Esta cuestión particular se ha puesto de manifiesto en el contexto de la aprobación de acuerdos extrajudiciales en los procedimientos colectivos. La cuestión es si la aprobación del tribunal se califica como decisión (incluyendo el efecto de cosa juzgada) que debe reconocerse en virtud de los artículos 36 y

⁶⁸ TJUE, 3 de septiembre de 2020, as. C-98/20, *mBank*, EU:C:2020:672. El Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof) remitió un caso paralelo en virtud del Convenio de Lugano, el as. C-296/20 *Commerzbank*, resuelto el 30 de septiembre de 2021 de forma escasamente convincente, en el sentido de que el domicilio pertinente es el del consumidor al tiempo de entablarse el proceso.

⁶⁹ De lo contrario, dejará de existir equilibrio entre el interés en proteger al consumidor y la previsibilidad del tribunal competente para el profesional.

⁷⁰ Corrección del resultado del TJUE, 10 de diciembre de 2020, as. C-519/19, *DelayFix*, EU:C:2020:1023; misma opinión P. MANKOWSKI, “Legal Tech im Inkassomodell und Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht”, RIW, 202, p. 397 y ss, esp. p. 400.

⁷¹ El artículo 2(a) Bruselas I^{bis} establece que “resolución” es “cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso”.

⁷² TJUE, 9 de marzo de 2017, as. C-484/15, *Zulfikarpašić*, EU:C:2017:199, apartado 43; TJUE, 9 de marzo de 2017, as. C-551/15, *Pula Parking*, EU:C:2017:193; TJUE, 25 de marzo de 2021, as. C-307/19, *Obala i lučice*, EU:C:2021:236.

⁷³ El uso del procedimiento monitorio húngaro también provocó problemas: en el as. C-94/14, 10 de marzo de 2016, *Flight Refund*, EU:C:2016:148, el acreedor (una plataforma de recuperación de deudas) presentó una solicitud de requerimiento de pago europeo ante los notarios húngaros, en un caso que carecía de toda conexión con Hungría. Este uso del litigio fue claramente un abuso del procedimiento, véase B. HESS, *Europäisches* loc., apartado 10.81.

⁷⁴ Esto no implica que el papel de los notarios en el Reglamento de sucesiones sea diferente, cf. TJUE, 23 de mayo de 2019, as. C-658/17, *WB*, EU:C:2019:444. Véase, en cuanto al reglamento Bruselas II^{bis}, el as. C-646/20 - *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, pendiente.

siguientes del Reglamento, o si prima la naturaleza contractual del acuerdo⁷⁵. Especialmente en los procedimientos neerlandeses de WCAM, se considera que los miembros extranjeros (representados) del grupo que no optan por no participar en el acuerdo están vinculados por el acuerdo aprobado por el tribunal⁷⁶. A este respecto, parece necesario aclarar que la aprobación de un acuerdo por parte de un tribunal no transforma este último en una sentencia.

5. Medidas provisionales y cautelares

28. La refundición de 2012 ha aclarado y consolidado la jurisprudencia del TJUE en este ámbito⁷⁷. El artículo 2 (a) del Reglamento Bruselas I^{bis} establece que la ejecución transfronteriza de las medidas provisionales al amparo del régimen del Reglamento requiere no solo la competencia del tribunal en virtud del propio Reglamento, sino también la citación del demandado al procedimiento, así como la notificación de la medida provisional al demandado antes de su ejecución. Por otra parte, según la jurisprudencia del TJUE⁷⁸, las medidas provisionales del artículo 35 están condicionadas a un “vínculo real” con el Estado miembro donde se solicitan dichas medidas, cuyo ejemplo típico son los bienes situados en el Estado miembro en cuestión⁷⁹.

29. Dado que las medidas provisionales previstas en el artículo 35 del Reglamento Bruselas I^{bis} tienen por objeto apoyar el procedimiento principal, en mi opinión el tribunal de dicho procedimiento debería estar facultado para modificar o anular las medidas provisionales adoptadas por otro tribunal en virtud de aquel artículo⁸⁰. Además, en estas circunstancias ambos órganos jurisdiccionales implicados deberían comunicarse activamente⁸¹.

6. Adaptación de la letra c) del apartado 1 del artículo 45 al artículo 29 del Reglamento

30. Existen problemas prácticos en el contexto de los motivos de no reconocimiento. A este respecto, las letras c) y d) del apartado 1 del artículo 45 dan prioridad en el Estado miembro de ejecución a cualquier resolución nacional reconocible de otro Estado miembro. Sin embargo, esta disposición no está en consonancia con las normas sobre litispendencia del Reglamento Bruselas I^{bis}, en la medida en que abre la posibilidad de denegar el reconocimiento incluso en caso de que la resolución nacional (o de otro Estado, que sea reconocible) se haya dictado a pesar de la prioridad temporal del procedimiento en el Estado miembro de origen de la resolución que se pretende reconocer⁸². Instrumentos paralelos, como el artículo tanto del Reglamento sobre el procedimiento monitorio europeo como del Reglamento sobre el procedimiento europeo de escasa cuantía, abordan esta situación de manera que se mantiene la prevalencia de la litispendencia⁸³. El artículo 45 (1) (c) del Reglamento Bruselas I^{bis} debería adaptarse en consecuencia⁸⁴.

⁷⁵ El reconocimiento opera en virtud de los artículos 59 y 60 del Reglamento Bruselas I^{bis}.

⁷⁶ Cf. T.C.M. ARONS, *loc. cit.*, p. 37.

⁷⁷ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartado 6.277 y ss.

⁷⁸ El artículo 42 (2) recoge este requisito, ya que el demandante debe documentar (mediante el formulario prescrito en el artículo 53) que la resolución fue notificada al demandado. La notificación previa elimina el efecto ex-parte, VAN CALSTER, *op. cit.*, apartado 2.558.

⁷⁹ TJUE, 17 de noviembre de 1998, as. C-391/95, *van Uden*, EU:C:1998:543; G. VAN CALSTER, *op. cit.*, apartado 2.554. En consecuencia, las medidas provisionales en virtud del artículo 35 son locales.

⁸⁰ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartado 6.280. El TJUE podría haber dado más aclaraciones en este sentido en el as. C-581/20, *Toto*, pero ha optado por no hacerlo.

⁸¹ Véase COM(2010)748 final e infra, apartados 34 y ss.

⁸² El Informe Heidelberg ya abordó esta cuestión, B. HESS/T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *Study JLS/C4/2005/03 — Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Ruprecht Karls University, Heidelberg, 2007, apartado 497; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 6.251-6.252.

⁸³ La propuesta también corregiría las consecuencias del as. C-386/17, de 16 de enero de 2019, *Liberato*, EU:C:2019:24, en el que el Tribunal sostuvo que el incumplimiento de las normas de pendencia no podía desencadenar la aplicación del orden público en el proceso de reconocimiento.

⁸⁴ Las letras c) y d) del apartado 1 del artículo 45 del reglamento Bruselas Ibis deberían redactarse de la siguiente manera

VI. Mejora de las normas de desarrollo del procedimiento

31. Por regla general, el Reglamento no armoniza los procedimientos nacionales sino que se limita a coordinarlos en el ámbito transfronterizo. Sin embargo, se podría considerar la adopción de algunas normas relativas al procedimiento de ejecución para reforzar la aplicación uniforme del Reglamento⁸⁵. El proyecto de investigación *Efforts*, en curso⁸⁶, muestra una gran variedad en cuanto a la aplicación, en particular, del sistema Bruselas en los Estados miembros de la UE. Con el fin de mejorar la aplicación uniforme del Reglamento debería llevarse a cabo una armonización adicional de la relación entre el Reglamento y las leyes nacionales de los Estados miembros de la UE⁸⁷.

1. Evaluación de la competencia, artículos 27 y 28: establecer normas uniformes completas

32. En la actualidad, la evaluación de la competencia (incluida la litispendencia) es principalmente una cuestión de derecho procesal nacional. Los artículos 27 y 28 del Reglamento solo abordan dos situaciones específicas: el artículo 27 en relación con algunas de las competencias exclusivas del Reglamento Bruselas I^{bis}, exigiendo al tribunal al que se ha planeado la demanda que las evalúe de oficio. El artículo 28 aborda la situación de rebeldía del demandado, e impone igualmente al tribunal un control de oficio de su propia competencia.

33. Parece oportuno ampliar dicho control de la competencia (y de la litispendencia) a todos los casos que se presenten en virtud del Reglamento Bruselas I^{bis}. La jurisprudencia reciente del TJUE ya muestra una tendencia a ampliar los poderes de los tribunales nacionales para evaluar su competencia de acuerdo con el Reglamento. En este contexto, la refundición del Reglamento debería establecer claramente una obligación general⁸⁸ de examen de oficio de cualquier competencia⁸⁹. Adicionalmente, un nuevo considerando debería aclarar lo que significa la “aplicación de oficio” a este respecto: el análisis no debería basarse solo en las alegaciones de hecho de las partes, sino que debería ser posible al órgano jurisdiccional plantear preguntas adicionales si las mencionadas alegaciones son insuficientes para establecer con certeza la existencia o ausencia de jurisdicción⁹⁰.

“1. A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución: (...)

c) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido;

d) si la resolución es inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido y la pendencia del procedimiento paralelo, los artículos 29, 32 y 33 del Reglamento Bruselas I^{bis}, y la irreconciliabilidad no pudiera haberse suscitado en el procedimiento judicial del Estado miembro de origen”.

⁸⁵ B. HESS/P. ORTOLANI (eds.), *Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments, Luxembourg Report on European Procedural Law*, Vol. I, Hart/Beck/Nomos, 2019.

⁸⁶ El acrónimo significa: “Towards more EFFECTive enFORcemenT of claimS in civil and commercial matters within the EU”. El proyecto investiga la aplicación de los Reglamentos de la UE sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias en 7 Estados miembros de la UE; página web: <https://efforts.unimi.it/>

⁸⁷ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 6.175-6.179. El artículo 81 del TFUE faculta explícitamente a la Unión en materia de armonización procesal en situaciones transfronterizas. Aunque en relación con el proceso monitorio europeo merece la pena remitir en este apartado al asunto pendiente C-18/21, *Uniqa Versicherungen*.

⁸⁸ TJUE, 28 de enero de 2015, as. C-375/13, *Kolassa*, EU:C:2015:37, apartados 58 y siguientes, esp. 61. Según esta sentencia, los tribunales nacionales deben tener en cuenta los argumentos de hecho y de derecho de ambas partes: TJUE, 16 de junio de 2016, as. C-12/15, *Universal Music*, EU:C:2016:449, apartados 45-46.

⁸⁹ El concepto de apreciación de oficio de la competencia con arreglo al Reglamento de sucesiones se abordará en el asunto pendiente C-645/20, *VA y ZA* (las conclusiones del abogado general Campos Sánchez-Bordona sobre el asunto fueron publicadas el 2 de diciembre de 2021).

⁹⁰ M. TEXEIRA DE SOUSA, *Die Zulässigkeitsprüfung im Zivilprozess*, P. Lang Verlag, 2010; B. HESS/P. TAELEMAN, *Consumer Actions before National Courts*, en B. HESS/S. LAW (eds.), *Implementing EU Consumer Law by National Courts, Luxembourg Report on European Procedural Law*, Vol. II, Hart/Beck/Nomos, 2019, p. 95, esp. pp. 111 y ss.

2. Mejorar la cooperación directa entre los tribunales mediante la comunicación y la asistencia mutuas

34. En la actualidad, la Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil apoya a los jueces del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia en la comunicación directa para superar cualquier impedimento que obstaculice la libre circulación de las decisiones judiciales dentro del sistema. Sin embargo, partes directamente implicadas informan de que la aplicación práctica de la comunicación directa sigue siendo difícil de lograr. Por ejemplo, las comunicaciones directas entre un juez alemán o italiano y uno portugués o búlgaro son difíciles a menos que ambos jueces hablen una lengua común. Los jueces de enlace pueden ayudar a superar el impedimento, pero son pocos y actúan principalmente en asuntos de familia⁹¹.

35. A pesar de estas dificultades prácticas, la refundición debería prever normas sobre la comunicación directa cuando los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros estén implicados en el mismo procedimiento. La comunicación debería tener lugar en los casos de litispendencia y conexidad, así como entre el juez del procedimiento principal y el juez que concede las medidas provisionales. Se podría incluso considerar la transferencia transfronteriza y la consolidación de las acciones, por ejemplo, en los litigios con pluralidad de partes o colectivos⁹².

3. Armonización de los plazos procesales

36. La fijación y definición de los plazos en los litigios transfronterizos se ha convertido en una cuestión delicada. Está claro que los litigantes (especialmente los no experimentados) en situaciones transfronterizas se encuentran con dificultades específicas cuando se enfrentan a un procedimiento extranjero desconocido, a la aplicación de una ley extranjera, y a barreras lingüísticas. Estas dificultades traen consigo la necesidad de un tiempo adicional para la preparación del caso. A este respecto, los diferentes plazos previstos por los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la UE crean obstáculos adicionales⁹³. La refundición del Reglamento de Bruselas I^{bis} aborda esta cuestión explícitamente en su artículo 45 (2) (b). Según esta disposición, puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de una resolución cuando el escrito de incoación del procedimiento se haya notificado al demandado de forma que no le permita una defensa a tiempo. Sin embargo, este motivo de no reconocimiento solo se refiere a uno (aunque muy importante en la práctica) de varios supuestos.

37. Dos casos recientes ante el TJUE han puesto de manifiesto de forma clara los problemas existentes. En los asuntos conjuntos C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, el abogado general *Sharpston* señaló que el plazo de 30 días previsto en el artículo 16 del Reglamento sobre el procedimiento monitorio europeo para impugnar un requerimiento de pago era muy (demasiado) breve para garantizar efectivamente el derecho de defensa en los casos transfronterizos⁹⁴. Sin embargo, prever plazos uniformes (para comparecer, o para defenderse en cuanto al fondo) en los procedimientos ordinarios presupone estructuras similares de los procedimientos en los Estados miembros de la UE. En la actualidad, esta no es la situación. Algunos Estados miembros, como Francia, exigen que el demandado no residente presente todas las defensas en un plazo de dos meses⁹⁵, mientras que otros, como Italia, conceden un plazo considerablemente mayor⁹⁶. Por lo tanto, sin un procedimiento europeo uniforme para los casos transfronteri-

⁹¹ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht...*, apartados 1.44 y ss.

⁹² En la línea del artículo 13 del Reglamento.

⁹³ Proporciona un buen ejemplo la cuestión prejudicial en el as. C-7/21, *LKW Walter*.

⁹⁴ Conclusiones abogado general SHARPSTON, 31 de octubre de 2019, as. conjuntos C-453/18 y C-494/18, *Bondora*, EU:C:2019:921, apartados 97 y siguientes; B. HESS, *Europäisches ...*, apartados 10.68-10.69.

⁹⁵ Artículo 643 del Código de Procedimiento Civil francés.

⁹⁶ Artículos 163-166 del Código Procesal Civil italiano.

zos, la armonización de los plazos para los casos transfronterizos no tiene mucho sentido⁹⁷. En el estado actual de cosas, la solución del artículo 45 (1)(b) del Reglamento Bruselas I^{bis} parece, pues, aun apropiada: según esta disposición, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución cuando el demandado no haya tenido tiempo suficiente para presentar una defensa en el tribunal de origen⁹⁸. Además, podría ser aconsejable adoptar una norma sobre los plazos mínimos para una primera reacción del demandado⁹⁹.

38. Sin embargo, en el ámbito de la ejecución, el legislador de la UE sí debería prever la armonización de los plazos relativos a la ejecución de las resoluciones judiciales en las siguientes circunstancias. Los Estados miembros de la UE prevén diferentes plazos de prescripción en la materia. Como resultado, una sentencia procedente de Alemania mantiene su ejecutoriedad durante 30 años¹⁰⁰, mientras que una sentencia dictada por un tribunal francés es ejecutable solo durante 10 años.¹⁰¹ Estas diferencias conllevan inseguridad jurídica desde el momento en que no está claro si el plazo de prescripción francés se aplica a la sentencia alemana en Francia (y viceversa), o no.

39. Incertidumbres similares son conocidas en relación con la ejecución de los mandamientos de embargo preventivo. En el asunto C-379/17, el TJUE sostuvo que el plazo de 30 días para ejecutar un mandamiento de embargo preventivo en Alemania se aplicaba un mandamiento de embargo preventivo italiano, aunque la legislación italiana no impone tal plazo¹⁰². En sus conclusiones, el abogado *Szpunar* había propuesto no aplicar la solución alemana, para evitar la falta de protección judicial: en Italia, la orden de detención seguía siendo un título válido, mientras que en Alemania la ejecución estaba prohibida.¹⁰³ Sentar un plazo de ejecución idéntico podría evitar esta situación y la incertidumbre que se deriva de ella.

VII. Observaciones finales: el futuro del sistema de Bruselas

40. Las reflexiones anteriores demuestran que actualmente no es necesario un cambio fundamental del sistema en vigor. Sin embargo, esta valoración no implica que no vayamos a presenciar una profunda transformación en los próximos años. El derecho procesal europeo está abocado a modificaciones de los actuales sistemas de justicia, en el sentido de incorporar procedimientos basados cada vez más en las tecnologías de la información (a distancia). Estos cambios también afectarán a la coordinación de los procedimientos civiles nacionales por parte del régimen de Bruselas¹⁰⁴.

41. A este respecto, no dudo de que el proyecto e-Codex en curso influirá profundamente en los procedimientos nacionales¹⁰⁵. Este proyecto pretende interconectar los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE proporcionando interfaces técnicas entre los sistemas informáticos nacionales. El

⁹⁷ La situación es diferente en el Reglamento de escasa cuantía, que establece plazos uniformes: véanse los artículos 5, 7 y 14 del Reglamento 861/2007, DO L 199, de 31 de julio de 2007, modificado por el Reglamento 1215/2421, DO L 341, de 24 de diciembre de 2015.

⁹⁸ Para un estudio comparativo exhaustivo cf. F. GASCÓN INCHAUSTI/M. REQUEJO ISIDRO, “Un caso transfronterizo clásico: la situación en la primera instancia”, en B. HESS/P. ORTOLANI (eds.), *Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments, Luxembourg Report on European Procedural Law*, Vol. I, Hart/Beck/Nomos, 2019, apartados 125-138.

⁹⁹ *Ibid.*, apartado 138.

¹⁰⁰ § 197 n° 3 del Código Civil alemán.

¹⁰¹ Para un estudio comparativo cf. F. GASCÓN INCHAUSTI/M. REQUEJO ISIDRO, *loc. cit.*, apartado 210, donde se enumeran diferentes plazos de prescripción en los Estados miembros de la UE que varían entre 2 y 30 años.

¹⁰² El Tribunal argumentó que el plazo formaba parte del derecho de ejecución alemán: TJUE, 4 de octubre de 2018, as. C-379/17, *Al Bosco*, EU:C:2018:806.

¹⁰³ Conclusiones del abogado general SZPUNAR, 20 de junio de 2018, as. C-379/17, *Al Bosco*, EU:C:2018:472, apartados 69 y ss.

¹⁰⁴ Las recientes reformas de los reglamentos de la Unión sobre notificación transfronteriza y obtención de pruebas en el extranjero ya han anticipado los cambios de los sistemas de justicia al uso de las herramientas informáticas.

¹⁰⁵ Véase el artículo 5 del Reglamento (UE) 2020/1784 (sobre la notificación) y el artículo 7 del Reglamento (UE) 2020/1783 (sobre la prueba), comentados por B. HESS, en P. SCHLOSSER/B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht* (5ª ed.), Beck, 2021.

nuevo sistema permite la presentación electrónica directa (transfronteriza), y la comunicación directa entre jueces, y facilitará la ejecución de las decisiones judiciales en toda la Unión. En su Comunicación de diciembre de 2020, la Comisión de la UE afirmó claramente que el establecimiento del sistema e-Codex debería ser una prioridad para los próximos años¹⁰⁶. Una vez se implante habrá que reconsiderar todo el sistema Bruselas a la luz de la interconexión de los sistemas judiciales nacionales. Por poner un ejemplo: la previsión de diferentes criterios de competencia que equilibren los intereses de los litigantes para evitar los tribunales remotos podría recibir una valoración diferente si los litigantes pueden acceder fácilmente por vía electrónica a la jurisdicción de los Estados miembros¹⁰⁷. Al mismo tiempo, la accesibilidad desde un punto de vista técnico puede desencadenar la necesidad de una armonización adicional de las normas procesales aplicables a los entornos transfronterizos.

42. Finalmente, cabe preguntarse incluso si la “ciberjusticia” sustituirá a los litigios transfronterizos tal como los conocemos. Ciertamente, es demasiado pronto para evaluar adecuadamente esta cuestión. Sin embargo, las posibilidades de organizar los procedimientos judiciales independientemente de los edificios de los tribunales abren nuevas vías para la protección judicial efectiva de los litigantes en entornos transfronterizos. Los procedimientos especializados y adaptados pueden mejorar la protección judicial de las partes en el mercado interior; el legislador de la UE y los Estados miembros deberían estar atentos a este respecto. No deberían perder las oportunidades dejando las formas modernas de resolución de conflictos a los proveedores de servicios privados (como el arbitraje o la resolución alternativa de conflictos). En último término, la responsabilidad básica de la preservación del derecho y su adaptación y mejora para satisfacer las necesidades de la sociedad recae en los poderes judiciales tanto de los Estados miembros como de la Unión.

¹⁰⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos civiles y penales transfronterizos (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726,2 de diciembre de 2020, COM/2020/712 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0712&from=EN>

¹⁰⁷ Por supuesto, las diferencias culturales seguirán siendo un gran impedimento mientras no se aplique un procedimiento uniforme de la Unión.

GUARDA, TUTELA Y PROTECCIÓN DE MENORES EN EL DERECHO DE FAMILIA MARROQUÍ DESDE EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL*

HADANA, GUARDIANSHIP AND CHILD PROTECTION IN MOROCCAN FAMILY LAW FROM SPANISH PUBLIC ORDER

CRISTINA ARGELICH COMELLES

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil, acreditada a Contratado Doctor
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-6530-525X

Recibido: 01.10.2021 / Aceptado: 08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6675>

Resumen: Este estudio aborda la compatibilidad de las normas de protección de menores, guarda y tutela legal de Marruecos con el orden público español, que modera su aplicación. En concreto, se atenderá a las estadísticas y la consecuente importancia material, por las naturalizaciones producidas para, seguidamente, examinar las diversas medidas y su contenido discriminatorio: la protección de menores en el Derecho de familia marroquí, el acogimiento de menores abandonados entendido como la *wilaya* judicial y la *kafala*, la tutela legal (*wilaya*) del progenitor, la tutela (*wilaya*) del Juez de Tutelas, y la guarda (*hadana*) de los progenitores. A estos efectos, se analizarán sus particularidades, matizando aquellas consideraciones no aplicables en España por atentar contra principios constitucionales, destacando el de igualdad y no discriminación.

Palabras clave: protección de menores, acogimiento de menores, *wilaya*, tutela legal, guarda (*hadana*).

Abstract: This paper deals with the compatibility of child protection and guardianship in Moroccan Family Law with Spanish public order, which avoid any discrimination on this matter. Specifically, Spanish statistics show the importance of public order, in accordance with annual naturalizations and several Moroccan discriminatory measures: child protection, foster placement with *wilaya* and *kafala*, legal guardianship (*wilaya*), guardianship (*wilaya*) of the Guardianship Judge, and guardianship (*hadana*) of parents. To this end, the paper addresses all legal issues regarding child protection and its measures, qualifying those that will not be able in Spain for discriminatory reasons and constitutional principles, highlighting equality and non-discrimination.

Keywords: child protection, foster placement, *wilaya*, guardianship, *hadana*.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Protección de menores en el Derecho de familia marroquí (Ley 15-01), acogimiento de menores abandonados (*wilaya* judicial y *kafala*) y orden

* Este trabajo se enmarca en las actividades de los siguientes Proyectos y Redes de investigación: Proyecto I+D+i Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 "Identidad Islámica y Orden Público en una sociedad inclusiva", FEDER-UCA18-105497. IP: Isabel Zurita Martín; y Red Nacional de Ciencias Sociales y Jurídicas del Ministerio de Ciencia e Innovación "Red Temática de Ciencias Sociales y Jurídicas Vivienda y familia en el siglo XXI", RED2018-102339-T. IP: María Dolores Cervilla Garzón.

público español. III. Tutela legal (*wilaya*) del progenitor sobre los menores en la *Mudawana* 2004, tutela (*wilaya*) del Juez de Tutelas en la Ley 15-01 y orden público español. IV. Guarda (*hadana*) de los progenitores sobre los menores en la *Mudawana* 2004 y orden público español. V. Conclusiones.

I. Consideraciones preliminares

1. El Derecho de familia marroquí –regulado en materia de protección de menores en la Ley 15-01, y respecto de la guarda y tutela legal en la *Mudawana* 2004–, presenta una relevancia importante para el Derecho civil y el Derecho internacional privado en España¹. Ello se debe a su aplicación –moderada por el orden público español, como exige el art. 12.3 del Código Civil, así como el orden público europeo en aquellas consideraciones discriminatorias– a ciudadanos marroquíes emigrados y no naturalizados, incluyendo los que tengan la consideración de menores extranjeros no acompañados.

2. Con carácter previo al examen de las instituciones que aborda este trabajo en los siguientes apartados, relativas a la protección de menores en el Derecho de familia marroquí, el acogimiento de menores abandonados entendido como la *wilaya* judicial y la *kafala*, la tutela legal (*wilaya*) del progenitor, la tutela (*wilaya*) del Juez de Tutelas, y la guarda (*hadana*) de los progenitores, es necesario apuntar brevemente el estado de la cuestión en España y las estadísticas que justifican el interés científico de esta investigación. Por una parte, las medidas existentes en España² en esta materia, así como la afectación al orden público español de aquellas procedentes de ordenamientos jurídicos extranjeros –como la legislación marroquí– que pretendan aplicarse, centrarán el núcleo del trabajo; las medidas relativas a la protección de menores han sido reguladas por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia exclusiva en asistencia social del art. 148.1.20ª de la Constitución, atendiendo a la legislación estatal supletoria respecto de las medidas no previstas, en concreto, la guarda provisional.

3. Por otra parte, deben examinarse las estadísticas en esta materia, para constatar la importancia práctica de su aplicación. De conformidad con la Estadística³ de adquisiciones de nacionalidad española de residentes de 2020, publicada el 4 de junio de 2021 y elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, se naturalizaron en España 126.164 ciudadanos, lo que supone un aumento de un 27,5% respecto del año anterior; las más frecuentes son las de Marruecos, con 28.258 personas, Colombia, con 9.010 personas, y Ecuador, con 8.328 personas. En los últimos años han descendido progresivamente, partiendo de 225.793 personas en el año 2013. En la actualidad, como ya advirtió el Defensor del Pueblo⁴, carecemos de datos oficiales válidos respecto de la presencia de menores emigrados no acompañados en España, por la disparidad de los datos registrados y los que proporciona la Fiscalía, así como la falta de certeza del dato relativo a la edad; ello resulta esencial para conocer exactamente cuántos de estos menores residen en España, respecto de los cuales no cabe repatriación y cuya tutela legal asume la Administración, en atención a su especial vulnerabilidad.

¹ M. P. DIAGO DIAGO, “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 56, nº 2, 2004, pp. 1078-1083. G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), *La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2009, pp. 1-275. M. D. CERVILLA GARZÓN, I. ZURITA MARTÍN, *El derecho de familia marroquí: la Mudawana 2004 desde el derecho español*, Madrid, Difusión jurídica y temas de actualidad, 2010, pp. 10-216. J. M. MARTÍ SÁNCHEZ, “La eficacia en España del Derecho de Familia islámico. Adaptación al Derecho español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino”, *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº 35, 2019, pp. 931-935.

² En relación con la guarda, custodia y tutela de menores de progenitores con discapacidad, atiéndase V. MÚRTULA LAFUENTE, “Guarda, custodia y tutela de los menores en los casos de progenitores con discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12, 2020, pp. 138-175. Acerca de los instrumentos disponibles en España en materia de protección de menores, véase C. ARGELICH COMELLES, “Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, *Revista de Derecho civil*, vol. 4, nº 4, 2017, pp. 123-180.

³ Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177001&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, *Los niños y los adolescentes en el Informe anual del Defensor del Pueblo 2019*, Madrid, 2020, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/07/Los-ni%C3%B1os-y-adolescentes-en-el-informe-2019-1.pdf>.

II. Protección de menores en el Derecho de familia marroquí (Ley 15-01), acogimiento de menores abandonados (*wilaya* judicial y *kafala*) y orden público español

4. En el Derecho de familia marroquí, el concepto equiparable a la declaración de desamparo en España es la declaración de abandono⁵; ante la desatención grave de las necesidades básicas del menor de edad, se habilita a la Administración a la adopción de medidas para su separación del núcleo familiar, en aras de atender el interés superior del menor. En España existe un estadio previo, la declaración de riesgo, que no implica la separación del menor del núcleo familiar sino la adopción de medidas tendientes a la atención de sus necesidades en ese entorno; ello queda exceptuado en la guarda provisional, dispuesta en el art. 14 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁶ y en el art. 172 del Código Civil, pues permite, sin declarar el desamparo, apartar al menor del núcleo familiar por encontrarse en situación de riesgo, y cuya guarda asume la Administración.

5. El legislador marroquí contempla en el art. 1 de la Ley 15-01, relativo a la *kafala* de menores abandonados, que tendrá dicha consideración aquel menor que se encuentre en determinadas circunstancias, con independencia de su sexo, antes de alcanzar la mayoría de edad a los 18 años. Los supuestos en los que, conforme a la legislación marroquí, cabe constituir la *kafala*, se concretan en los siguientes. En primer lugar, el nacimiento de progenitores desconocidos o de padre desconocido y madre que lo hubiese abandonado voluntariamente. Debemos matizar su aplicación en España por razones de orden público, pues debería aplicarse a los menores abandonados voluntariamente por cualquiera de sus progenitores, sin discriminación por razón de sexo. En segundo lugar, a causa de la orfandad o la incapacidad de los progenitores para atender sus necesidades básicas, así como cuando no tengan medios suficientes. Esta última previsión es inaplicable en España por orden público, pues la carencia de medios no habilita el desamparo ni la suspensión de la patria potestad. Finalmente, cuando los progenitores no protejan y orienten al menor adecuadamente, así como cuando hayan sido privados de la tutela legal o cuando, tras el fallecimiento o incapacitación de un progenitor, el otro no cumpla sus deberes para con el menor. Estos supuestos, dispuestos en *numerus clausus*, se refieren únicamente a sus progenitores, excluyendo otros sujetos y sin hacer extensiva la protección derivada de esta situación a los incapacitados; ello contrasta con los supuestos abiertos y la protección de menores e incapacitados del Derecho español frente a cualquier otro pariente que sea guardador y que ocasione el desamparo.

6. La mayor parte de constituciones de *kafala* tienen lugar en Marruecos por parte de ciudadanos marroquíes cuya residencia habitual se encuentra en España, o de ciudadanos españoles con residencia en España que regresan con los menores, conforme a un reciente estudio⁷ a nivel europeo en la materia. En el mismo se sugiere que, en atención a la proximidad geográfica entre ambos Estados y por el aumento de las naturalizaciones en España de ciudadanos marroquíes, se considere la eventual regulación de esta institución en el ordenamiento jurídico español, pues recordamos que la *kafala* no es asimilable a la adopción en España. En el estudio se indican diversos elementos que deberían abordarse: cuando la tutela se constituye en el Estado de origen, tiene que constituirse la *kafala* en interés del menor; como la patria potestad no es renunciable en España, pues solo cabe privar o suspender su ejercicio y restan intactos deberes inherentes como la obligación de alimentos, el menor sujeto a *kafala* solo puede permanecer en España temporalmente, salvo que en España residan otros familiares; y, finalmente, debe aclararse si cabe reconocer esta institución cuando procede de un acuerdo informal de *kafala*.

⁵ Respecto de la protección de menores y la situación de abandono en el Derecho de familia marroquí, véase A. LÓPEZ AZCONA, “La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. III, 2013, pp. 1045-1107. F. VIDAL CASTRO, “El tratamiento de la infancia y los derechos de niño en el sistema legal de al-Andalus y el derecho maliki”, *Anaquel de estudios árabes*, nº 27, 2016, pp. 201-238.

⁶ BOE de 29 de julio de 2015.

⁷ H. VAN LOON, H. AYOUBI IDRISSE, *Kafalah: preliminary analysis of national and cross-border practices*, International Social Service. International Centre of Reference for the Rights of Children Deprived of their Family, Geneva, 2020, pp. 163-167, donde detalla, desde el Derecho internacional privado, el reconocimiento y aplicación de la *kafala* en España.

7. Ante la concurrencia de uno de los supuestos de abandono, procederá la declaración judicial de abandono, regulada en los arts. 3 a 8 de la Ley 15-01 –a diferencia del carácter administrativo de la declaración de desamparo en España– y que supone la suspensión de la *hadana* y la *wilaya* a los progenitores que hayan desatendido gravemente al menor, según el art. 29 de la Ley 15-01 y el art. 173 *Mudawana*. En el caso de que cese la causa que ha justificado la declaración de abandono, se prevé la reintegración del menor en su núcleo familiar, previa solicitud de los progenitores a la autoridad judicial que deberá aprobar su retorno, como exige el art. 29 de la Ley 15-01. En España, es posible la revocación de la suspensión de la patria potestad si no han transcurrido más de dos años desde la adopción de la medida de protección, de conformidad con el art. 172 del Código Civil, pudiendo evolucionar de la suspensión a la privación pasado ese plazo si se mantienen las circunstancias que motivaron la protección administrativa del menor.

8. Las medidas de protección de menores que se pueden adoptar, una vez declarada la situación de abandono de ese menor marroquí, se corresponden con la *wilaya* judicial, a la que atenderemos en el siguiente apartado, y la *kafala*. La *wilaya* judicial se constituye a modo de tutela legal a favor del Juez de Tutelas, a diferencia de la tutela legal atribuida en España a la Administración como primera medida, a la espera de consolidar una medida definitiva, en particular, las modalidades de acogimiento familiar, residencial y preadoptivo. La *kafala* se constituirá como medida posterior a la *wilaya* judicial, a petición de diversos parientes contenidos en el art. 9 de la Ley 15-01, y el *kafil* asume la guarda y la tutela del menor. En ningún caso se prevé la adopción ni el acogimiento preadoptivo como medida de protección de un menor declarado en situación de abandono, a diferencia de lo que sucede en algunas Comunidades Autónomas que han dispuesto esta modalidad de acogimiento en España. El fundamento es que la adopción en Marruecos es un instrumento inválido por la necesaria preservación del parentesco por consanguinidad, según dispone el art. 149 *Mudawana*, por lo que es jurídicamente nula y no produce los efectos de la filiación parental legítima.

III. Tutela legal (*wilaya*) del progenitor sobre los menores en la *Mudawana* 2004, tutela (*wilaya*) del Juez de Tutelas (Ley 15-01) y orden público español

9. La *wilaya* o la tutela legal que ejerce el padre sobre el hijo, y la madre en casos excepcionales según el art. 231 *Mudawana*, se le atribuye al progenitor por ley *ex art.* 236 *Mudawana*; es aquella potestad relativa a la toma de decisiones acerca de la persona y patrimonio del menor de edad. En España, por motivos de orden público, debería extenderse su aplicación a la progenitora en todo caso, y no excepcionalmente. Ello es una manifestación de la dirección de la familia que ejerce el padre, conforme el art. 4 *Mudawana*, permitiendo la asistencia de la progenitora en esta tarea, en sentido análogo a la redacción original del Código Civil en España, anterior a la reforma de 1958. En ningún caso la noción de *wilaya* se corresponde con nuestro concepto de patria potestad, pues parte de la igualdad⁸ jurídica entre los progenitores. La *wilaya* atribuye, en virtud del art. 233 *Mudawana*, la facultad de administración de los bienes del hijo y un poder de decisión acerca de las circunstancias de ese menor hasta que alcance la mayoría de edad. El progenitor ostenta como tutor la representación legal del menor, la tutela sobre su persona, incluyendo las decisiones acerca de su educación, patrimonio y herencia, funciones que no atribuye la *hadana* o guarda a la progenitora.

10. Asimismo, es posible adoptar la *wilaya* por parte del Juez de Tutelas respecto de un menor declarado en abandono, de acuerdo con el art. 7.2 de la Ley 15-01, y se rige por las disposiciones generales en materia de representación legal, contenidas en los arts. 229-235 *Mudawana*. Esta medida de protección se configura como una fórmula provisional, al igual que en España, a la espera de una medida definitiva, en ese caso el acogimiento del menor en *kafala* como medida prioritaria en protección

⁸ P. GARCÍA LÓPEZ, M. D. CASAS PLANES, “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 67, nº 4, 2014, pp. 1253-1337.

de menores, siendo en España las diversas modalidades de acogimiento. El Juez de Tutelas ostenta la representación legal del menor y la toma de decisiones sobre su persona y patrimonio hasta la mayoría de edad del menor, de conformidad con los arts. 233 y 235 *Mudawana*, sin que ello suponga ostentar la guarda del menor. La guarda se atribuirá a la abuela materna por el art. 171 *Mudawana*, o defectivamente al pariente más cercano; en España, por razones de orden público, debería atribuirse al pariente más próximo en grado de parentesco que pueda atender al menor, para evitar el sesgo de género de la disposición. En cuanto al control judicial de la institución tutelar, es el propio Juez de Tutelas quien lo ejerce sin supervisión externa; en su aplicación en España, debería superar el examen judicial, especialmente en materia de rendición de cuentas, para establecer un control externo de las prohibiciones de disponer, y la eventual remoción del tutor, de acuerdo con los arts. 274 y 279 del Código Civil.

IV. Guarda (*hadana*) de los progenitores sobre los menores en la *Mudawana* 2004 y orden público español

11. La *hadana*⁹ o guarda, contemplada en los arts. 136-186 *Mudawana*, corresponde a la madre en primer lugar, así como a ambos progenitores¹⁰ constante matrimonio; se refiere al cuidado que requiere un menor en atención al deber de crianza. La *hadana* se constituye expresamente, conforme al art. 179 *Mudawana*, sin considerar el elenco de derechos y obligaciones característicos de la guarda en los Estados de nuestro entorno, y su ejercicio se supervisa por la autoridad judicial. En consecuencia, es posible que un asistente social realice un informe acerca de la cobertura de las necesidades materiales y morales del menor, como dispone el art. 172 *Mudawana*. La autoridad judicial puede adoptar las medidas tendentes al aseguramiento de estas necesidades, y serán ejecutivas cautelarmente tras la interposición de la demanda por el Ministerio Público, según exige el art. 121 *Mudawana*.

12. Las facultades y deberes de que dota la *hadana* a los progenitores se concretan en las siguientes: la remuneración de la *hadana* corresponde al padre respecto del hijo menor, y tiene carácter diferenciado respecto de la prestación por lactancia y la manutención; y, respecto del domicilio de los menores, conforme al art. 191 *Mudawana*, los gastos se consideran independientemente de la manutención, la retribución de la *hadana*, y otros que puedan existir. En España, estas prestaciones deben reconducirse hacia el abono conjunto por ambos progenitores, o la parte proporcional por el progenitor no custodio en caso de separación o divorcio; sus fundamentos son el deber de alimentos, previsto en los arts. 142-153 del Código Civil y, constante matrimonio, el levantamiento de las cargas familiares, dispuesto en el art. 1318 del Código Civil. Además, los progenitores y otros parientes deben informar al Ministerio Público de los perjuicios a los que la persona que ejerce la *hadana* expone al menor, por si es necesario adoptar alguna medida, incluyendo una demanda de privación de la *hadana*, como contempla el art. 177 *Mudawana*.

13. Respecto de los derechos que contempla a favor del menor la *hadana*, el art. 168 *Mudawana* dispone que, cuando se produzca la ruptura de la convivencia conyugal, el menor no podrá ser desalojado del domicilio familiar hasta que el progenitor abone los gastos necesarios relativos al domicilio en caso de disolución del matrimonio. Igualmente, es posible establecer la prohibición de viajar con el menor fuera de Marruecos sin el acuerdo de su representante legal, para evitar la sustracción internacional

⁹ G. ESTEBAN DE LA ROSA, K. OUALD, T. SAGHIR, "El derecho de la "Hadana" de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español", en C. RUIZ SUTIL, R. RUEDA VALDIVIA (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008, pp. 269-290. C. RUIZ-ALMODÓVAR, "El derecho de custodia (*hadana*) en los Códigos de Estatuto Personal de los países árabes", *Awraq: estudios sobre el mundo árabe e islámico contemporáneo*, n° 19, 1998, pp. 229-245. M. SABREEN, "Custody in Islamic Law: A Law based on Presumptions", *Islamic Studies*, vol. 56, n° 3-4, 2017, pp. 223-243. M. ZAHRAA, N. A. MALEK, "The concept of custody in Islamic Law", *Arab Law Quarterly*, vol. 13, n° 2, 1998, pp. 155-177.

¹⁰ M. M. MARTÍNEZ ALMIRA, "La filiación materna y paterna en el Derecho islámico. Derecho sustantivo y reformas en los sistemas jurídicos actuales", *Feminismo/s*, n° 8, 2016, pp. 87-113.

de menores. En caso de que no sea posible la autorización paterna para dicho desplazamiento, es posible acudir al juez de guardia para obtener la autorización de salida de Marruecos, que se adoptará si el viaje es provisional y se asegura el regreso del menor, como exige el art. 179 *Mudawana*.

14. La progenitora puede perder la *hadana* a favor del padre en dos supuestos: cuando no sea de confesión musulmana, lo que es inaplicable en España por orden público en atención a la libertad religiosa, *ex art.* 16 de la Constitución; y cuando el padre pruebe ante un juez marroquí la existencia de un domicilio conyugal en Marruecos y la progenitora resida fuera de Marruecos, pues la fijación del domicilio corresponde allí al marido. Este último supuesto se contemplaba en España antes de la reforma del Código Civil de 1975, por lo que, en la actualidad, por razones de orden público sería inaplicable. El hecho de contraer segundas nupcias no supone la pérdida de la *hadana* para la progenitora, como sucedía en la redacción anterior a 2004 de la *Mudawana* y que también contenía el Código Civil en su redacción original previa a la reforma de 1958.

15. La extinción de la *hadana* del menor se produce con la mayoría de edad, a los 18 años, reconociéndole a los 15 años la capacidad para decidir quien la puede ejercer, comprendiendo a los progenitores o un pariente; este límite de 15 años, aunque no contravenga el orden público, podría reducirse a los 12 años en España, como edad de referencia a partir de la cual el menor tiene derecho a ser oído en un procedimiento judicial, *ex art.* 92.6 del Código Civil, art. 770.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento civil y art. 12 de la Convención¹¹ de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. La pérdida de la *hadana* declarada judicialmente tiene carácter irreversible, asemejándose en España a la privación de la patria potestad, regulada en el art. 170 del Código Civil, aunque no se correspondan las causas para ello. En el caso de que la pérdida de la *hadana* no se judicialice y no subsista la causa que la motivó, el art. 170 *Mudawana* permite su restablecimiento, de modo similar a la suspensión de la patria potestad en España sin el transcurso del plazo de dos años.

V. Conclusiones

16. La necesaria protección de las personas vulnerables por razón de edad, como elemento común a cualquier ordenamiento jurídico, hace que deban armonizarse los instrumentos disponibles en España y excepcionar aquellos procedentes de ordenamientos jurídicos extranjeros que contravengan principios esenciales, en particular, el de igualdad y no discriminación del art. 14 de la Constitución. Por ello, el presente trabajo ha examinado la protección de menores, la tutela y la guarda en la legislación marroquí y su aplicación moderada por razones de orden público, con breves referencias a los instrumentos disponibles en España. Finalmente, también podemos observar que, en las redacciones precedentes de nuestro Código Civil, se encontraban reguladas las instituciones examinadas en un sentido discriminatorio parecido, pudiendo afirmar que la aplicación de la excepción de orden público en España permite evitar materialmente situaciones discriminatorias que consideramos superadas.

¹¹ Aplicable en España por el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE de 31 de diciembre de 1990.

RESTITUCIÓN DE MENORES Y ORDEN PÚBLICO EUROPEO: LA DOCTRINA BOSPHORUS SOBRE PROTECCIÓN EQUIVALENTE*

RETURN OF MINORS AND EUROPEAN PUBLIC ORDER: THE BOSPHORUS DOCTRINE OF EQUIVALENT PROTECTION

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS**

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

ORCID ID: 0000-0002-1148-3533

Recibido: 16.12.2021 / Aceptado: 11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6676>

Resumen: Este estudio analiza si los derechos fundamentales afectados por los supuestos de restitución por traslado ilícito de menores gozan de una protección equivalente en el Derecho de la Unión Europea y en el sistema europeo de derechos humanos, examinando la vigencia de la doctrina Bosphorus. El autor se cuestiona si en materia de restitución de menores en la Unión Europea puede afirmarse la construcción de un orden público europeo, diferente al del orden público internacional de los Estados, y equivalente al orden público comunitario.

Palabras clave: orden público europeo, restitución de menores, sustracción de menores, doctrina Bosphorus, protección equivalente, derecho a la vida privada y familiar, interés superior del menor

Abstract: This study analyses whether the fundamental rights affected by child abduction's cases enjoy of equivalent protection in the European Union and in the European human rights system, examining the validity of the Bosphorus doctrine. The author questions whether, in matters of the return of minors in the European Union, the construction of a European public order could be affirmed, with a different content of the international public order of the States and equivalent to the public order in the European Union.

Keywords: European public order, return of minors, child abduction, Bosphorus doctrine, equivalent protection, right to private and family life, best interest of the child

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Presunción de equivalencia y Derecho de la Unión Europea. 1. Formulación de la doctrina Bosphorus. 2. Protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea. 3. Presupuestos metodológicos para el test de equivalencia en materia de restitución de menores. III. Convergencia hacia un orden público europeo en materia de restitución de menores. 1. La construcción del orden público europeo. 2. Dimensión material del orden público europeo. 3. Dimensión procesal del orden público europeo. IV. Reflexiones finales.

* Este trabajo ha sido cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Referencia del proyecto: FEDER-UCA18-105497.

**angel.ballesteros@uca.es.

I. Consideraciones generales

1. El reconocimiento y ejecución de la orden de restitución del menor en un supuesto de sustracción internacional provocan con frecuencia la intervención del orden público internacional de los Estados y el posible incumplimiento de las obligaciones derivadas de los diferentes instrumentos internacionales susceptibles de aplicación (entre otros, el Reglamento 2201/2003¹ y el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre sustracción de menores²). Frente a estos incumplimientos, pueden operar diferentes mecanismos previstos en los convenios internacionales o en los instrumentos comunitarios³. Entre ellos, en nuestro estudio prestaremos atención al mecanismo de la protección de los derechos humanos y garantías procesales reconocidos al menor y a su familia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre 1950 (CEDH)⁴.

2. Desde esta perspectiva, la comunicación pretende analizar si los derechos fundamentales afectados en los supuestos de restitución por traslado ilícito de menores gozan de una protección equivalente en el Derecho de la Unión Europea y en el sistema europeo de derechos humanos, y si resulta aplicable la *doctrina Bosphorus*, conforme a la cual el TEDH establece como presunción *iuris tantum* la compatibilidad del Derecho de la UE con los derechos protegidos en el CEDH en la medida en que otorgue garantías equivalentes. No es objeto de este estudio el análisis de la restitución de los menores no acompañados, sino solo la relativa a la restitución del menor por sustracción o traslado ilícito⁵.

3. Para someter el análisis al test de la *doctrina Bosphorus*, se examinará el sentido de la jurisprudencia del TEDH en supuestos en que los Estados miembros de la UE, al aplicar el proceso de restitución de menores previsto en el RB II bis y en el CH 1980 sobre sustracción de menores, han incurrido en conductas constitutivas de una violación del respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) o del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) (vid. apartado II *infra*).

4. Finalmente se pretende determinar si en materia de restitución de menores puede afirmarse la construcción de un *orden público europeo*, diferente al del orden público internacional de los Estados, y (equivalente o no) al de los principios del Derecho de la UE que forman parte del *orden público comunitario* (vid. apartado III *infra*).

II. Presunción de equivalencia y Derecho de la Unión Europea

1. Formulación de la doctrina Bosphorus

5. Mediante la *doctrina Bosphorus*, el TEDH ha considerado como una presunción *iuris tantum* la compatibilidad del Derecho de una organización internacional con los derechos protegidos en el

¹ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE n° 338, de 23.12.2003), conocido como *Bruselas II bis* (en adelante RBII bis).

² Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (BOE n° 202, de 24.08.1987). En adelante CH 1980.

³ Sobre los diferentes mecanismos que pueden activarse en este ámbito, vid. R. ARENAS GARCÍA, “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, n° 2, pp. 94-115.

⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE n° 243, de 10.10.1979), enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 mayo 1963 y 20 enero 1966. En adelante CEDH.

⁵ En consecuencia, no es objeto de estudio la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24.12.2008). Para una perspectiva comparada de la aplicación de esta Directiva en los Estados miembros, vid. THE EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES Y SAVE THE CHILDREN, *Comparative Study on Practices in the Field of Return of Minors*, 2011. Puede consultarse una versión en formato electrónico en la siguiente dirección: https://childhub.org/sites/default/files/library/attachments/1389_Return_of_children-final_original.pdf.

CEDH si aquella dispone de un mecanismo de control del respeto de los derechos fundamentales que garantice una protección equivalente⁶. La primera vez que el TEDH aplicó esta doctrina fue en su Sentencia de 30 junio 2005, asunto *Bosphorus vs. Irlanda*⁷ (de la que adopta el nombre), en la cual la Corte afirmó que corresponde principalmente a las autoridades nacionales interpretar y aplicar el Derecho interno incluso cuando se refiere a los acuerdos internacionales, limitándose el TEDH a determinar si los efectos de la resolución nacional resultan compatibles con el CEDH. En esta sentencia, el TEDH califica el propio CEDH como “*constitutional instrument of European public order (ordre public)*”⁸.

6. La aplicación de la presunción de protección equivalente en el ordenamiento jurídico de la UE está sujeta al cumplimiento de dos condiciones: (i) en primer lugar, la presunta vulneración de un derecho amparado por el CEDH debe surgir de una obligación jurídica internacional que incumbe al Estado demandado y para cuya ejecución las autoridades internas no tienen discrecionalidad; (ii) en segundo lugar, se debe haber desarrollado plenamente el potencial del mecanismo de control de los derechos fundamentales previsto por la legislación de la UE de manera que garantice una protección de los derechos humanos equivalente a la del CEDH⁹.

7. En el caso de la UE, el TEDH ha considerado que, con carácter general, puede presumirse que el sistema comunitario de protección de derechos fundamentales garantiza una protección equivalente a los derechos humanos del CEDH sobre la base de dos argumentos: (i) que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁰ tiene valor jurídico vinculante [artículo 6 (1) del Tratado de la UE (TUE)], y (ii) que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales [artículo 6 (3) TUE].

8. No obstante, esta presunción de equivalencia en materia de protección de derechos fundamentales otorgado por el TEDH en favor de la UE ni es absoluta ni se aplica a todo el Derecho de la Unión, sino que dependerá de la materia, del grado de discrecionalidad de la que gozan las autoridades nacionales y de la existencia de un mecanismo de control del respeto de los derechos fundamentales de carácter equivalente¹¹. Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que el TJUE pueda intervenir para proteger los derechos fundamentales está limitada a la interposición de recursos directos o de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. Protección de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea

A) La codificación de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario

9. En la evolución normativa del Derecho de la Unión, desde la asunción de competencias en materias de justicia e interior hasta la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, los Tratados comunitarios se han venido modificando para incluir la protección de los derechos fundamentales como un principio general de Derecho comunitario, reconocido como tal en la jurisprudencia del TJUE¹².

⁶ J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, n° 46, pp. 935-971, esp. 935-938.

⁷ STEDH de 30 junio 2005, *Bosphorus vs. Irlanda* [ECHR:2005:0630JUD004503698], esp. § 143.

⁸ Ídem, § 156. Sentencia de 25 marzo 1995, *Loizidou vs. Turkey* [ECHR:1995:0323JUD001531889], § 75.

⁹ STEDH de 25 marzo 2021, *Bivolaru & Moldovan vs. Francia* [ECHR:2021:0325JUD004032416], esp. § 98-99. Vid. comentario de R. LOÏC, “La présomption Bosphorus à l’épreuve du mandat d’arrêt européen - CEDH, 25 mars 2021, n° 40324/16 et 12623/17 Bivolaru et Moldovan c/ France”, *Revue de l’Union européenne*, 2021, n° 652, pp. 519-525.

¹⁰ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 202, de 07.06.2016) fue proclamada en Niza el 7 diciembre 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 diciembre 2007.

¹¹ J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH”, *loc. cit.*, pp. 937-938.

¹² La doctrina fija el establecimiento de esta doctrina en la STJCE de 12 noviembre 1969, asunto C-29/69, *Stauder*

Según lo establecido en el artículo 2 TUE, la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. A fin de velar por el respeto de estos valores, el artículo 7 TUE estableció un mecanismo para determinar la existencia y posible sanción de una violación grave y persistente de los valores de la Unión por parte de un Estado miembro¹³.

10. La CDFUE tuvo efecto directo tras la adopción del Tratado de Lisboa el 1 diciembre 2009, cuyo artículo 6 (1) TUE la convierte en fuente vinculante de Derecho primario. Se culmina así un proceso de codificación de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 51 CDFUE¹⁴, ésta limita su aplicación a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión¹⁵, permitiendo con ello su complementariedad con la aplicación de los derechos constitucionales de los Estados miembros y la aplicación del CEDH por el Tribunal de Estrasburgo.

11. En lo que respecta a la incidencia que la conversión de la CDFUE como fuente vinculante de Derecho primario de la Unión tiene en el mantenimiento de la presunción de equivalencia de la *doctrina Bosphorus*, el artículo 52 (3) CDFUE se encarga de reforzar su vigencia al establecer que en la medida en que la Carta contenga derechos que se correspondan con los garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. En opinión de la doctrina, ello evidencia una cláusula de apertura del control indirecto por parte del TEDH del grado de equivalencia de la protección de los derechos fundamentales en aplicación del Derecho de la UE¹⁶.

12. Por su parte, el artículo 52 (4) CDFUE refuerza la complementariedad de la *protección multinivel* de los derechos a nivel europeo al afirmar que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. En la interpretación de esta armonía, ha jugado un papel esencial la jurisprudencia del TJUE, al declarar que los derechos fundamentales consagrados en los principios generales del Derecho comunitario protegidos por el Tribunal están inspirados en la tradición constitucional común de los Estados miembros y en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos de los que son parte los Estados miembros, entre ellos el CEDH¹⁷.

[ECLI:EU:C:1969:57], confirmada por la STJCE de 17 diciembre 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [ECLI:EU:C:1970:114].

¹³ Mecanismo activado, por ejemplo, en la Propuesta de Decisión del Consejo de 20 diciembre 2017, relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia [COM / 2017/0835 final - 2017/0360 (NLE)], y en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 enero 2020, sobre las audiencias en curso en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE relativas a Polonia y Hungría [2020/2513(RSP)].

¹⁴ El art. 51 (1) CDFUE, al delimitar el ámbito de aplicación de la Carta, señala que “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas 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.” Por su parte, el art. 51 (2) CDFUE especifica que “la presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”.

¹⁵ Para una interpretación del alcance del ámbito de aplicación del art. 51 (1) CDFUE, vid. M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, “Artículo 51: el ámbito de aplicación de la Carta y su proyección sobre los Estados miembros”, en A. CARMONA CONTRERAS (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 13-48.

¹⁶ Vid. F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “Acto y potencia de la cláusula de apertura del artículo 52.3 de la Carta”, en A. CARMONA CONTRERAS (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, op. Cit., pp. 99-119, esp. p. 115.

¹⁷ Vid. L. I. GORDILLO PÉREZ, “Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del Derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la Carta”, en A. CARMONA CONTRERAS (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, op. Cit., pp. 121-149.

A ese respecto, el artículo 53 CDFUE recoge la *cláusula de no regresión* que refleja expresamente la proyección de la *protección multinivel* de los derechos a nivel europeo¹⁸, al afirmar que ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales, en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros¹⁹.

13. Sin embargo, cabe destacar las críticas doctrinales a las limitaciones a la aplicación efectiva de la CDFUE como mecanismo garante de la protección de los derechos fundamentales en la UE, puesto que (i) no se aplica con carácter general a todas las situaciones jurídicas, sino sólo a las relaciones regidas por el Derecho Comunitario; y (ii) existe una ausencia de un recurso efectivo y directo para que los particulares puedan exigir la vulneración de los derechos fundamentales ante el TJUE como un “*amparo comunitario europeo*”²⁰, resultando una “alternativa inviable al CEDH”²¹.

B) Adhesión de la Unión Europea al CEDH

14. Según lo establecido en el artículo 6 (2) TUE, la Unión Europea se ha comprometido a adherirse de forma obligatoria al CEDH. En el caso de que ello suceda, esta adhesión permitiría a los ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros países presentes en su territorio recurrir directamente ante el TEDH contra los actos jurídicos adoptados por las propias instituciones de la UE que pudieran ser considerados como una violación de los derechos humanos garantizados por el CEDH.

15. No obstante, las negociaciones para la adhesión han sufrido un importante revés tras el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 diciembre 2014²² en el que declaraba que el proyecto de acuerdo podía afectar negativamente a la autonomía del Derecho de la Unión²³. Hasta que esta adhesión se produzca, el TEDH seguirá ejerciendo su función de control indirecto del Derecho de la Unión a través de su jurisdicción sobre los incumplimientos del CEDH cometidos por los Estados miembros. En opinión de un sector de la doctrina, la eventual adhesión de la UE al CEDH supondría la desaparición o, al menos, la atenuación de la doctrina de la protección equivalente²⁴. Desde nuestra perspectiva, en caso de producirse la adhesión el CEDH “se convertiría en el verdadero criterio de definición de los derechos fundamentales de la UE”²⁵ y, en consecuencia, se consagraría *de jure* como el “*constitutional instrument of European public order (ordre public)*”.

¹⁸ Al respecto, vid. P. BILANCIA, “Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 2006, nº 6, pp. 255-277.

¹⁹ Vid. A. CARMONA CONTRERAS, “¿El nivel o los niveles de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo?: A vueltas con el artículo 53 de la Carta”, en A. CARMONA CONTRERAS (Dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso, op. Cit.*, pp. 201-222.

²⁰ El artículo 38 del fracasado proyecto de Constitución de la UE de 1994 sí atribuía al TJUE una competencia específica para juzgar las violaciones de los derechos humanos: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre todo recurso interpuesto por un particular para que se declare la violación, por parte de la Unión, de cualquier derecho humano garantizado por la Constitución. Una ley constitucional determinará las condiciones de imposición de dichos recursos y las sanciones que podrá acordar el Tribunal de Justicia”.

²¹ Por todos, vid. C. RUIZ MIGUEL, “Los derechos fundamentales en la encrucijada entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión”, *Anuario español de derecho internacional*, 2018, nº 34, pp. 641-673, esp. pp. 660-661.

²² Dictamen 2/13 del TJUE de 18 diciembre 2014 [ECLI:EU:C:2014:2454].

²³ Para un análisis crítico del Dictamen 2/13 del TJUE, vid. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, nº 52, pp. 825-869.

²⁴ De esta opinión, vid. J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH”, *loc. cit.*, pp. 957-968.

²⁵ Vid. C. RUIZ MIGUEL, “Los derechos fundamentales en la encrucijada entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión”, *loc. Cit.*, p. 663.

3. Presupuestos metodológicos para el test de equivalencia en materia de restitución de menores

A) Complementariedad entre el CH 1980 y el RB II bis

16. De acuerdo con lo previsto en el artículo 60 (d) RB II bis, en las relaciones entre los Estados miembros primará el instrumento comunitario frente al CH 1980. No obstante, en materia de restitución de menores, el artículo 11 ejemplifica la voluntad de complementariedad entre ambos instrumentos, al remitirse a los mecanismos de restitución previstos en el CH 1980, si bien matizando su aplicación en el supuesto de retención ilícita de menores entre Estados miembros.

17. El artículo 96 del nuevo Reglamento 2019/1111 (Bruselas II ter)²⁶ aclara la relación de complementariedad entre ambos instrumentos al señalar que cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto de aquel donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, se aplicarán las disposiciones del CH 1980 completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del RB II ter. Por otro lado, el artículo 96 aclara que las órdenes de retorno dictadas en un Estado miembro son susceptibles de reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros²⁷.

Como ya fue expuesto, para someter el análisis al test de la *doctrina Bosphorus*, en la segunda parte del presente estudio se examinará el sentido de la jurisprudencia del TEDH en supuestos en que los Estados miembros de la UE, al aplicar el RB II bis y el CH 1980, han incurrido en conductas consideradas como una violación del respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) y del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH).

B) Causas de denegación de restitución del menor

18. El CH 1980 tiene como objetivo principal velar por el respeto de los derechos de custodia y visita en los Estados contratantes y permitir la inmediata restitución del menor al Estado de su residencia habitual anterior al traslado ilícito, siendo la denegación de su devolución una situación excepcional. De conformidad con lo dispuesto en el juego combinado de los artículos 12 (2), 13 y 20 CH 1980, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor en los siguientes supuestos excepcionales²⁸:

- a) si queda demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente [artículo 12 (II) CH 1980]²⁹;
- b) si 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 [artículo 13 (I) (a) CH 1980];

²⁶ 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, de 2 julio 2019). En adelante RB II ter.

²⁷ Para un análisis general de las novedades introducidas por el RB II ter, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA (EDS.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 383-398; también M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, n° 2, pp. 229-260.

²⁸ Para un examen de estas excepciones, vid. J. J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 561-567.

²⁹ Sobre el interés superior del menor por integración en el nuevo ambiente, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, n° 2, pp. 77-91.

- c) si 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 [artículo 13 (I) (b) CH 1980]³⁰;
- d) si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones [artículo 13 (II) CH 1980];
- e) si la restitución resulta contraria a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales [artículo 20 CH 1980].

Estas excepciones operan como válvula de seguridad, permitiendo conciliar el interés del menor en un adecuado equilibrio entre la aplicación del CH 1980 y el respeto a la vida privada y familiar del CEDH³¹.

19. En cuanto a las excepciones previstas en el Derecho de la UE, el artículo 11 (4) RB II bis matiza que no podrá ser denegada la restitución del menor con base en el artículo 13 (I) (b) CH 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. En la práctica ello significa la utilización de *undertakings o engagements* propios del Derecho anglosajón, los cuales plantean un problema de *equivalencia* con figuras propias de los sistemas de *civil law*³².

Tras la reforma operada por el RB II ter, el artículo 29 ha reformado el *mecanismo de prevalencia*, cuyo procedimiento opera tras la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13 (I) (b) y 13 (II) CH 1980³³.

20. Por otro lado, el nuevo artículo 56 (4) RB II ter prevé que “en casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias.”

Además, el artículo 56 (6) RB II ter permite que, cuando el riesgo grave tenga carácter duradero, “la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución”.

C) Déficit de equivalencia

21. La presunción *iuris tantum* de protección equivalente se desvirtúa si en un determinado asunto se demuestra una deficiencia manifiesta (*déficit de equivalencia*), lo cual podría ocurrir, entre otras situaciones, (i) cuando se haya producido una violación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH; (ii) cuando las autoridades judiciales de su país hayan rechazado de forma arbi-

³⁰ Sobre la aplicación práctica de este artículo en la jurisprudencia comparada, vid. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Parte VI), 2020. Para un análisis sobre esta Guía de aplicación y su interrelación con el proceso de reforma del RB II bis, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, n° 35, 31 pp.

³¹ Sobre este equilibrio, vid. el magnífico estudio de E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X c. Letonia)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, núm. 33, 22 pp.

³² De esta opinión, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 88-89.

³³ Para un análisis de los cambios operados por el RB II ter en el mecanismo de prevalencia, vid. F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Las Rozas, 2020, pp. 257-278.

traría plantear una cuestión prejudicial al TJUE; al respecto, la jurisprudencia del TEDH es constante al afirmar que, aunque el CEDH no garantiza como tal ningún derecho a que un caso sea remitido al TJUE para una decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, la denegación de una solicitud de remisión de este tipo podría infringir la equidad de los procedimientos (artículo 6 CEDH) si resulta ser arbitraria o sin motivación suficiente³⁴; (iii) cuando el planteamiento de una cuestión prejudicial haya supuesto en la práctica un retraso injustificado en la ejecución de un orden de restitución³⁵; o (iv) cuando las autoridades de los EEMM aplican medidas basadas en estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales que no respeten el nivel de protección previsto por la CDFUE ni la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la UE³⁶.

El supuesto más genérico de que en el tratamiento de una sustracción internacional las autoridades nacionales hayan cometido una violación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH se analizará con mayor detalle en el apartado III infra.

22. En el presente estudio queda excluido de análisis el supuesto del desplazamiento o retención de menores de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero contratante, al que resultaría de aplicación el CH 1980 y no las reglas del RB II bis. Ello significa que, en estos casos podría producirse un déficit de equivalencia respecto de las situaciones extracomunitarias de restitución de menores, los cuales podrían ser objeto de un *doble estándar* en cuanto a la presunción de equivalencia de la *doctrina Bosphorus* por la falta de aplicación de las garantías complementarias previstas en el RB II bis respecto de los Estados partes del CEDH que, al no ser miembros de la UE, no se benefician de esta presunción³⁷.

III. Convergencia hacia un orden público europeo en materia de restitución de menores

1. La construcción del orden público europeo

23. Como señaló el TEDH en su sentencia *Loizidou*, el CEDH es un instrumento constitucional del *orden público europeo*. Aunque se trata de un concepto jurídico indeterminado³⁸, la doctrina se aproxima a su definición identificándolo con el conjunto de reglas que se consideran fundamentales en la sociedad europea y que sus miembros deben respetar³⁹ al tratarse de “una categoría sui generis de ius cogens europeo en materia de derechos fundamentales cuyo referente normativo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y su fuente de determinación, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁴⁰.

Parte de la doctrina defiende que en el concepto de orden público europeo se consagra un *orden público atenuado o de proximidad* con un enfoque europeo y regional con base en el CEDH, y no en el Estado del foro⁴¹, que sin embargo no sustituye el orden público internacional propio de las constituciones nacionales de los Estados Partes en el convenio⁴².

³⁴ Al respecto, vid. Decisiones del TEDH de 8 junio 1999, *Predil Anstalt S.A. vs. Italia* [ECHR:1999:0608DEC003199396]; 8 diciembre 2009, *Herma vs. Alemania* [ECHR:2009:1208DEC005419307]; y STEDH de 20 septiembre 2011, *Ullens de Schooten and Rezabek vs. Bélgica* [ECHR:2011:0920JUD000398907].

³⁵ STEDH de 14 enero 2020, asunto *Rinau vs Lituania* [ECHR:2020:0114JUD001092609]

³⁶ STJUE de 26 febrero 2013, asunto C-399/11, *Melloni vs Ministerio Fiscal* [ECLI:EU:C:2013:107]

³⁷ Sobre este doble estándar, vid. J.-F. FLAUSS, “Le double standard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme: Fiction ou réalité?”, en A. AUER, A. FLÜCKIGER y M. HOTTELIER (Eds.), *Les droits de l’homme et la Constitution: Études en l’honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève, 2007, pp. 135-153.

³⁸ F. SUDRE, “Existe t-il un ordre public européen?”, en P. TAVERNIER (Ed.), *Quelle Europe pour les droits de l’homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une «Union plus étroite»*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 39-80.

³⁹ F. SUDRE, “L’ordre public européen”, en M.-J. REDOR (Ed.), *L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen (11, 12 mai 2000), Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 109-132, p. 111.

⁴⁰ R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un Orden público en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, n° 8, pp. 593-618, p. 610.

⁴¹ P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, pp. 1-31, p. 17.

⁴² P. KINSCH, “Les contours d’un ordre public européen: l’apport de la Convention européenne des droits de l’homme”, en H. FULCHIRON y CH. BIDAUD-GARON (DIRS.), *Vers un statut européen de la famille?*, Dalloz, París, 2014, pp. 147-157.

24. El *orden público europeo* debe distinguirse del *orden público comunitario*⁴³, por cuanto el primero se predica del CEDH, y el segundo del contenido en los instrumentos de Derecho de la Unión Europea⁴⁴, que tiene un referente en los derechos fundamentales de la CFFUE, aunque no se limita a ella⁴⁵, sino que también contiene principios generales de Derecho comunitario. Como los objetivos del Consejo de Europa y la UE son diferentes, en lo relativo al orden público se producen ciertas divergencias cuando los derechos y libertades fundamentales del CEDH chocan con el ejercicio de las libertades comunitarias⁴⁶.

25. Por su parte, el *orden público comunitario* debe considerarse diferente al orden público internacional de los Estados miembros⁴⁷, puesto que el concepto de orden público contenido en los instrumentos de Derecho de la Unión se ha ido *comunitarizando*, lo cual relativiza su carácter de reserva nacional⁴⁸. En la construcción del espacio judicial europeo, la jurisprudencia del TJUE sobre el orden público comunitario ha ido configurando los límites del orden público internacional de los Estados miembros⁴⁹, en particular en los ámbitos del Derecho de Familia comunitario⁵⁰.

La excepción de orden público internacional de los Estados, que tradicionalmente protege los valores y principios de la legislación nacional, se ha relativizado en favor de la construcción de un *orden público comunitario*⁵¹. Sin embargo, algunos autores matizan esta relativización defendiendo que el orden público comunitario supone “un elemento integrante del orden público internacional de cada EM con una operatividad variable según las concretas circunstancias”⁵².

26. Como ya indicamos anteriormente, el artículo 52 (3) CDFUE se encarga de reforzar la vigencia de la *doctrina Bosphorus* al establecer que en la medida en que la Carta contenga derechos que se correspondan con los garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Por su parte, el artículo 52 (4) CDFUE refuerza la complementariedad de la protección multinivel de los derechos a nivel europeo al afirmar que ese texto comunitario reconoce derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

27. En la protección multinivel de los derechos fundamentales resulta esencial el diálogo de jurisdicciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la

⁴³ Sobre el orden público comunitario, vid. H. GAUDEMET-TALLON, “Unité et diversité: quelques mots de droit international privé européen”, en M. G. KOHEN Y D. BENTOLILA (EDS.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Lexis-Nexis, París, 2013, pp. 387-400.

⁴⁴ De esta opinión, M. L. NIBOYET Y G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2ª ed., París, 2009, p. 284; también I. THOMA, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 4.

⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en N. BOUZA I VIDAL, C. GARCÍA SEGURA, Á. J. RODRIGO HERNÁNDEZ Y P. PAREJA ALCARAZ (COORDS.), *La gobernanza del interés público global*, Tecnos, Barcelona, 2015, pp. 146-181, p. 161.

⁴⁶ T. PERIŠIN, “Interaction of Fundamental (Human) Rights and Fundamental (Market) Freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2006, vol. 2, pp. 69-98.

⁴⁷ J. BASEDOW, “Die Verselbständigung des europäischen ordre public”, *Privatrecht in Europa Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70.*, C. H. Beck Verlag, Múnich, 2004, pp. 291-319.

⁴⁸ R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un Orden público en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*)”, *loc. Cit.*, p. 600.

⁴⁹ Por todas, en la STJUE de 28 marzo 2000, asunto C-7/98, *Krombach vs Bamberski* [ECLI:EU:C:2000:164]

⁵⁰ Sobre las relaciones entre el orden público comunitario y el orden público internacional de los Estados miembros en materia de Derecho de familia, vid. N. GOÑI URRIZA, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, nº 2, pp. 233-255.

⁵¹ J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence”, en M. N. JOBARD-BACHELLIER Y P. MAYER (EDS.), *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, París, pp. 55-74, esp. p. 74. El autor es partidario de modificar expresamente las cláusulas de excepción de orden público de los instrumentos de la UE para incluir la mención de orden público comunitario.

⁵² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *op. Cit.*, p. 180.

Unión Europea (TJUE) y los Tribunales Constitucionales⁵³, de tal forma que se produce “una complementariedad de hecho en una suerte de espacio constitucional europeo común”⁵⁴ que conforma el “triángulo judicial constitucional en el espacio jurídico europeo multinivel”⁵⁵.

28. En el presente apartado cuestionamos si la jurisprudencia del TJUE⁵⁶ y del TEDH⁵⁷ en materia de restitución de menores coinciden en cuanto a la interpretación del contenido del respeto a la vida privada y familiar, el interés superior del menor, el derecho de audiencia del menor y el derecho a un proceso justo en casos de sustracción internacional de menores, y en qué medida son susceptibles de formar parte del *orden público europeo* (material o procesal) o, de una manera equivalente, del *orden público comunitario*.

2. Dimensión material del orden público europeo

A) El respeto a la vida privada y familiar

29. El TEDH no interpreta directamente las disposiciones del CH 1980, sino que resulta competente para determinar si los tribunales nacionales de los Estados Partes han respetado las garantías consagradas en los artículos 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) y 8 CEDH (respeto a la vida privada y familiar). El TEDH se encarga de supervisar si los tribunales nacionales, al cumplir las obligaciones previstas en el CH 1980, dentro del margen de apreciación que éste les concede respecto de la injerencia por el Estado en la relación entre padres e hijos, salvaguardaron los derechos garantizados por el CEDH.

30. De conformidad con la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 (1) CEDH, dentro del ámbito del respeto a la vida privada y familiar puede incluirse (i) el derecho de los padres a reunirse con sus hijos⁵⁸; y (ii) el derecho de los padres e hijos a relacionarse, incluido el derecho de visita⁵⁹.

En los casos de sustracción internacional de menores, el respeto de la vida familiar del artículo 8 CEDH exige a los Estados partes el cumplimiento, entre otras obligaciones⁶⁰ (i) la de adoptar medidas urgentes, diligentes y eficaces en los procedimientos de restitución de menores; cualquier dilación o adopción de medidas ineficaces vulneran el contenido del artículo 8 CEDH⁶¹; y (ii) la obligación de ejecutar la orden de retorno del menor secuestrado al país de su residencia habitual. La falta de ejecución de una orden de retorno o un retraso injustificado en la ejecución suponen una vulneración del artículo 8 CEDH⁶².

⁵³ F. J. GARCÍA ROCA, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, 2012, nº 30, pp. 183-224.

⁵⁴ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS Y A. VALLE GÁLVEZ, “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, vol. I, pp. 329-376, pp. 367 y 375.

⁵⁵ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *loc. Cit.*, p. 829.

⁵⁶ Para un completo estudio de la jurisprudencia del TJUE en materia de restitución de menores, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI Y P. PEITEADO MARISCAL, “International child abduction in the case law of the Court of Justice of the European Union: learning from the past and looking to the future”, *Polski Proces Cywilny*, 2021, nº 4, pp. 617-640.

⁵⁷ Para un estudio pormenorizado sobre la jurisprudencia del TEDH en relación con el CH 1980, vid. M^a M. CELIS AGUILAR, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, pp. 209-249.

⁵⁸ STEDH de 25 enero 2000, *Ignaccolo-Zenide vs Rumanía* [ECHR:2000:0125JUD003167996]

⁵⁹ STEDH de 21 septiembre 2010, *Mijuskovic vs Montenegro* [ECHR:2010:0921JUD004933707]

⁶⁰ Para mayor detalle, vid. el magnífico estudio de M. REQUEJO ISIDRO, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión”, en J. SOROETA LICERAS (COORD.), *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Aranzadi, 1^a ed., Cizur Menor, 2017, pp. 283-320.

⁶¹ STEDH de 1 diciembre 2009, *Eberhard vs Eslovenia* [ECHR:2009:1201JUD000867305]

⁶² STEDH de 26 julio 2011, *Shaw vs Hungría* [ECHR:2011:0726JUD000645709]

31. En Derecho comunitario, el artículo 7 CDFUE recoge como disposición de protección equivalente el respeto a la vida privada y familiar en parecidos términos al del artículo 8 CEDH.

32. En su Sentencia de 14 enero 2020, asunto *Rineau vs Lituania*⁶³, el TEDH consideró que, pese a que los Estados parte del CEDH y miembros de la UE han de dar cumplimiento al principio de reconocimiento mutuo de las órdenes de restitución del menor, los derechos del CEDH deben quedar suficientemente garantizados. De acuerdo con estos argumentos, el TEDH considera que el Derecho de la UE proyecta una protección equivalente de los derechos contenidos en el CEDH y, en consecuencia, la aplicación por parte de las autoridades nacionales de la normativa de la UE se entenderá en principio respetuosa con los referidos derechos.

Sin embargo, el TEDH concluyó violación del derecho a la vida privada y familiar del menor por cuanto considera que la actuación de las autoridades lituanas produjeron un retraso injustificado contrario al respeto del artículo 8 CEDH⁶⁴. Curiosamente, entre los argumentos esgrimidos por el TEDH para justificar la violación se contabiliza el retraso producido por la presentación de la cuestión prejudicial resuelto por Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2008, asunto *Inga Rinau*⁶⁵, el cual supuso un perjuicio para el menor en opinión del TEDH.

B) El interés superior del menor

33. El interés superior del menor es una cláusula general o un concepto jurídico indeterminado utilizado en la mayoría de instrumentos internacionales⁶⁶ y comunitarios del Derecho de familia que afecten a los derechos del menor⁶⁷, entre otros en el artículo 3 (1) de la Convención de los derechos del niño de 1989 (CDN)⁶⁸. El interés superior del menor comprende, por un lado, su derecho a relacionarse con su familia y, por otro, su derecho a relacionarse en un entorno sano⁶⁹.

34. En el mecanismo del CH 1980, el interés del menor se identifica con el restablecimiento del statu quo del menor en el Estado de origen y, en consecuencia, con la regla general del retorno automático o inmediato tras su desplazamiento ilícito a otro Estado. Por ello, la doctrina aboga por interpretar el interés superior del menor de manera restrictiva cuando se trata de analizar las excepciones a la regla general del art. 12 CH 1980, que no puede ser llevado al extremo de desvirtuar la finalidad y los objetivos del texto convencional⁷⁰.

⁶³ STEDH de 14 enero 2020, asunto *Rinau vs Lituania* [ECHR:2020:0114JUD001092609]

⁶⁴ Para un comentario de esta sentencia, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, "Actuación de las autoridades nacionales bajo la lupa del CEDH: la STEDH de 14 de enero de 2020 en el asunto *Rinau v. Lituania*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, nº 40, pp. 2-9.

⁶⁵ STJUE de 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau* [ECLI:EU:C:2008:406]. Para un comentario de esta sentencia, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el asunto *Rinau*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, nº 2, pp. 222-235.

⁶⁶ Sobre el interés del menor en los textos de la Conferencia de La Haya, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lexnova, Madrid, 2002. Para un estudio general en Derecho internacional privado, vid. A. GRAMMATICAKI-ALEXION, "Best interest of the child in Private International Law", *Recueil des Cours*, 2020, t. 412, pp. 253-434.

⁶⁷ M^a P. GARCÍA RUBIO, "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor", en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 1075-1090, p. 1077.

⁶⁸ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 (BOE nº 313, de 31.12.1990). Art. 3 (1): "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño." Al respecto de su interpretación, vid. 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), aprobada en su 62º período de sesiones (14 enero-1 febrero 2013).

⁶⁹ C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores*, Editorial Ley 57, Málaga, 2015, p. 113.

⁷⁰ 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*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 134-152, p. 144.

35. Aunque en el artículo 8 CEDH no aparece explícitamente incluido el interés superior del menor, el TEDH lo trata como parte de su contenido en los asuntos relativos a la restitución del menor. En su Sentencia de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk vs Suiza*⁷¹, el TEDH consideró que la restitución del menor al país de su residencia habitual ordenado por las autoridades suizas en aplicación del CH 1980 supondría una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, por resultar incompatible con el interés superior del menor.

36. Las dudas generadas en la doctrina por la Sentencia *Neulinger* debido a la presunta preeminencia del CEDH sobre la CH 1980 fueron aclaradas por Sentencia del TEDH de 26 de noviembre de 2011, asunto *X vs Letonia*⁷². En ella se afirma que el interés superior del menor con carácter general reside en su restitución inmediata, tal como establece el CH 1980, pero que en determinadas circunstancias dicho interés, en particular, puede exigir la no restitución, tal como prevé el propio CH 1980⁷³. En su Sentencia, el TEDH considera que los derechos amparados por el artículo 8 CEDH “forman parte de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales con arreglo al artículo 20 del Convenio de La Haya”.

37. En Derecho comunitario, encontramos una disposición de protección equivalente en el artículo 24 (2) CDFUE, al reconocer que “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.”

38. Sin embargo, en materia de restitución de menores, el mecanismo automático previsto en el artículo 11 RB II bis con base en el principio de confianza mutua obliga a los tribunales del Estado miembro de traslado ilícito del menor a facilitar su devolución inmediata. El TJUE tuvo oportunidad de analizar el citado precepto en su sentencia de 1 de julio de 2010, asunto *Povse vs Alpagó*, en que decidió que la ejecución de una resolución certificada no podía denegarse en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debía invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución⁷⁴.

39. En Sentencia de 18 de junio de 2013, asunto *Povse vs Austria*⁷⁵, el TEDH tuvo la oportunidad de analizar la compatibilidad del artículo 11 RB II bis con el artículo 8 CEDH, al respecto de la ejecución de la resolución por la que se ordena el retorno de un menor en un caso de sustracción internacional. El TEDH llegó a la conclusión de que los artículos 11 (8) y 42 (2) RB II bis “no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales requeridos para ejecutar la decisión del tribunal de origen, dado que el sistema del Reglamento sólo permite determinar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedir la o suspenderla, aunque supuestamente tuviera la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales”.

40. La sentencia *Povse* fue criticada por la doctrina, entre otros motivos por no haber tenido en cuenta el interés del menor entre las circunstancias excepcionales que permitan que no se decrete

⁷¹ STEDH de 6 julio 2010, *Neulinger y Shuruk vs Suiza* [ECHR:2010:0706JUD004161507]

⁷² STEDH de 26 noviembre 2011, *X vs Letonia* [ECHR:2013:1126JUD002785309]

⁷³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X c. Letonia)”, *loc. Cit.*, p. 17.

⁷⁴ STJUE 1 julio 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse vs Alpagó* [ECLI:EU:C:2010:400]. Vid. comentario de S. TSANTINIS, “Recent ECJ Judgments in Cases of Children Abduction and Parental Responsibility The ECJ Judgments Deticek, Povse and Purucker”, *Corriere trimestrale della Litigation internazionale*, 2010, pp. 118-127.

⁷⁵ STEDH 18 junio 2013, asunto *Povse vs Austria* [ECHR:2013:0618DEC000389011]. Vid comentario de P. JIMÉNEZ BLANCO, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, vol. 66, nº 1, pp. 239-245.

su restitución inmediata⁷⁶, en el mismo sentido que el artículo 23 (a) RB II bis recoge como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental que resulte “manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor” [redacción que mantiene el artículo 39 (a) RB II ter].

En relación con el artículo 23 (a) RB II bis, el TJUE tiene establecido que la activación de esta cláusula ha de reservarse para “el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental”⁷⁷.

41. Quizás como consecuencia de los límites a la discrecionalidad fijados por la sentencia *Povse*, el nuevo artículo 56 (4) RB II ter prevé que en casos excepcionales se suspenda el procedimiento de ejecución de la resolución de restitución cuando se exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico⁷⁸ debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. Incluso el artículo 56 (6) RB II ter permite que, cuando el riesgo grave tenga carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución.

42. Esta posibilidad de suspender o denegar la ejecución de la restitución supone una alteración del mecanismo de prevalencia diseñado en el RB II bis. En nuestra opinión, el artículo 56 RB II ter supone de manera implícita una cláusula especial de orden público material para justificar la denegación de la ejecución de restitución atendiendo al interés superior del menor. Con todo, la doctrina pone en cuestión la efectividad de las reformas introducidas por el RB II ter en supuesta defensa del interés del menor, debido entre otros factores a la automaticidad de los procedimientos de restitución y a la ausencia de flexibilidad en el plano sustantivo⁷⁹.

3. Dimensión procesal del orden público europeo

A) El derecho a un proceso equitativo

43. Respecto de las garantías procesales relacionadas con la restitución del menor, debemos incluir el derecho a un proceso justo del artículo 6 CEDH. Conviene poner en conexión el procedimiento de restitución del menor establecido por el CH 1980 desde la perspectiva del respeto a un procedimiento con todas las garantías. De hecho, la doctrina ha calificado al CH 1980 como un instrumento ‘procesal’⁸⁰.

⁷⁶ S. BARTOLINI, “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction cases”, *Common Market Law Review*, 2019, núm. 56, pp. 91-119, esp. p. 101; V. LAZIC, “Family Private International Law Issues before the European Court of Human Rights – Lessons to be Learned from *Povse v. Austria* in Revising the Brussels IIa Regulation and its Relevance for Future Abolition of Exequatur in the European Union”, en CH. PAULUSSEN, T. TAKACS, V. LAZIC Y B. ROMPUY, B. (EDS.), *Fundamental Rights in International and European Law - Public and Private Law Perspectives*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2015, pp. 161-183.

⁷⁷ STJUE 19 noviembre 2015, asunto C-455/15, *P vs Q* [ECLI:EU:C:2015:763]. Vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, *P vs Q*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, nº 2, pp. 635-640.

⁷⁸ La doctrina defiende que este riesgo sea interpretado de manera similar a la prevista en el artículo 13 (I) (b) CH 1980. Vid. D. MARTINY, “New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases”, *Polski Proces Cywilny*, 2021, nº 4, pp. 501-522, p. 519; A. SCHULZ, “Das Vollstreckungssystem in der neuen Brüssel IIa-Verordnung”, en C. BUDZIKIEWICZ, B. HEIDERHOFF, F. KLINKHAMMER Y K. NIETHAMMER-JÜRGENS (EDS.), *Standards und Abgrenzungen im internationalen Familienrecht*, vol. 2, Nomos, Baden-Baden 2019, pp. 93-122.

⁷⁹ Vid. L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2021, nº 14, pp. 17-49, esp. pp. 44-48.

⁸⁰ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación el Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X c. Letonia)”, *loc. Cit.*, p. 5.

En un proceso de restitución de menores, la dilación indebida en la ejecución de la orden de retorno del menor puede suponer una violación del derecho a un proceso equitativo⁸¹. Sin embargo, el TEDH en ocasiones ha estimado que la denuncia por violación del artículo 6 (1) CEDH debía considerarse subsumida dentro de la violación del respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH y que no era necesario examinarla por separado⁸², o que habiendo declarado la violación del artículo 8 CEDH, ya no procedía el análisis de la violación del artículo 6 CEDH⁸³.

44. El derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH es reconocido de manera similar en el artículo 47 (II) CDFUE⁸⁴, el cual engloba en un mismo precepto el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 13 CEDH) y el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), como ha señalado la jurisprudencia del TJUE⁸⁵. No obstante, el derecho al proceso equitativo y la tutela judicial efectiva adquieren una entidad y sustantividad propias con su proclamación como Derecho de la Unión en el artículo 47 CDFUE, “no limitándose al mero agregado de los enunciados de los artículos 6 y 13 CEDH”⁸⁶.

La doctrina vincula el artículo 47 CDFUE con el contenido del artículo 19 (II) TUE, que señala que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁸⁷.

45. La incidencia de la protección multinivel de la tutela judicial efectiva en el ámbito procesal pone de manifiesto la dualidad entre el *orden público comunitario* y el *orden público internacional* de los Estados miembros en el ámbito del reconocimiento de decisiones en el espacio judicial de la Unión Europea⁸⁸.

46. Por otro lado, mientras que el TEDH realiza una “interpretación directa” del CEDH en clave de *orden público europeo*, el TJUE realiza una “interpretación indirecta” en clave de *orden público comunitario*, que se pone de manifiesto de una manera especial cuando colisionan los derechos fundamentales con el ejercicio de una libertad comunitaria como la libre circulación de resoluciones judiciales⁸⁹.

Uno de los objetivos de la UE en el ámbito del sector del Derecho internacional privado es facilitar la libre circulación de sentencias entre Estados miembros. En aras de ese objetivo, la supresión del exequatur y la eliminación de la excepción de orden público escenifican la tensión entre el cumplimiento del Derecho de la Unión y el respeto de los derechos fundamentales⁹⁰. Al respecto, el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la presunción de protección equivalente del artículo 6 CEDH en el marco del principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión

⁸¹ STEDH de 6 abril 2009, *Deak vs Rumanía* [ECHR:2008:1104JUD004279002].

⁸² STEDH de 6 julio 2010, *Neulinger y Shuruk vs Suiza* [ECHR:2010:0706JUD004161507].

⁸³ STEDH de 11 diciembre 2006, *Iosub Caras vs Rumanía* [ECHR:2006:0727JUD000719804], § 49.

⁸⁴ Artículo 47 CDFUE: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

⁸⁵ STJUE 26 junio 2013, asunto C-93/12, *ET Agroconsulting* [ECLI:EU:C:2013:432].

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN en el asunto C-69/10, *Brahim Samba Diouf vs Ministro de Trabajo, Empleo e Inmigración* [ECLI:EU:C:2011:102], § 39.

⁸⁷ Vid. G. VITALE, “L’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva”, *Rivista Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, n° 3, pp. 638-647, esp. Pp. 644-646.

⁸⁸ Al respecto, vid. 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”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2009, n° 9, pp. 179-199.

⁸⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS Y M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2ª ed., París, 2003, p. 304.

⁹⁰ J. KRAMBERGER SKERL, “European Public Policy (with Emphasis on Exequatur Proceedings)”, *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, n° 3, pp. 461-490, esp. pp. 479-484.

Europea en su Sentencia de 25 de febrero de 2014, asunto *Avotīņš vs Letonia*⁹¹, confirmando la plena vigencia de la presunción de equivalencia de la *doctrina Bosphorus* en este ámbito⁹².

47. Sin embargo, algunas voces críticas se alzan en la doctrina. Comparando la sentencia *Povse* con la dictada en el asunto *Avotīņš vs Letonia*, existe una diferencia importante: en *Povse*, no resultaba posible reprochar al Estado de ejecución la posible lesión de derechos fundamentales en el proceso de origen, y ello por cuanto el RB II bis no otorga margen de discrecionalidad al tribunal requerido para impedir la restitución de menores por la ausencia de un procedimiento de oposición a la ejecución en el que pudiera hacerse valer una cláusula de orden público⁹³.

En cambio, en la sentencia del caso *Avotīņš vs Letonia*, el TEDH introduce matizaciones en la aplicación práctica de la doctrina de la protección equivalente, realizando un “minucioso análisis *ad casum*” de las decisiones de los jueces nacionales dictadas en el marco del Derecho de la Unión, en el sentido de que no se debería dar por sentada la presunción de la protección equivalente incluso en supuestos en los que carecieran de margen de apreciación⁹⁴.

B) El derecho de audiencia del menor

48. El derecho de audiencia del menor está reconocido con carácter general en el artículo 12 de la Convención de los derechos del niño⁹⁵. En materia de sustracción internacional, el derecho de audiencia del menor está reconocido expresamente en el artículo 13 (II) CH 1980, al establecer que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

49. En cuanto a la protección equivalente en Derecho comunitario, el derecho del menor a ser oído está recogido en el artículo 24 (1) CDFUE y en el artículo 42 (2) (a) RB II bis, el cual prevé que el juez de origen que dictó la orden de restitución debe velar por el derecho de audiencia del menor, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

⁹¹ STEDH de 25 febrero 2014, *Avotīņš vs Letonia* [ECHR:2016:0523JUD001750207]. Vid comentario de M. REQUEJO ISIDRO, “*Avotīņš* C. Letonia, Sentencia del TEHD, de 23 de mayo de 2016, as. 17502/07”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, n° 40, pp. 187-201.

⁹² J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, núm. 55, pp. 819-858, p. 823.

⁹³ Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse* c. Austria y *Avotīņš* c. Letonia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 91-111. En su opinión, en el asunto *Povse* vs. Austria “no cabía, pues, control en el Estado de ejecución, pero tampoco cabe esperar control del TEDH, dado que el Estado de ejecución eventualmente demandado podría acogerse con éxito a la presunción de cumplimiento derivada de la doctrina Bosphorus. (...) *Povse* c. Austria permite sostener así, aunque sea de manera más bien indirecta, que el TEDH ha avalado el sistema de supresión del exequátur sin control de orden público. (...) Es evidente que, en los reglamentos que la prevén, la cláusula de orden público puede utilizarse para rechazar la ejecución o el cumplimiento de decisiones que se han obtenido lesionando derechos fundamentales o que, por su propio contenido, lesionan algún derecho fundamental”, pp. 107-108.

⁹⁴ En estos términos se pronuncia R. ALONSO GARCÍA, “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotīņš* v. Letonia)”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2017, Working Paper n° 32, p. 14, con cita de L. R. GLAS y J. KROMMENDIJK, “From Opinion 2/13 to *Avotīņš*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts”, *Human Rights Law Review*, 2017, vol. 17, n° 3, pp. 567-587.

⁹⁵ Art. 12 CDN: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Al respecto de la aplicación de estos preceptos, el TJUE dictó su Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz*⁹⁶, conforme a la cual el TJUE consideró que el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no podía oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordenaba la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución hubiera vulnerado el artículo 42 RB II bis, interpretado conforme al artículo 24 CDFUE, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen⁹⁷.

50. El RB II ter reconoce el derecho de audiencia del menor tanto en el caso de litigios relativos a responsabilidad parental (artículo 21) como en el caso de sustracción internacional de menores (artículo 26). Podemos valorar como positivas estas modificaciones, que consagran el derecho del menor a ser oído dentro de la dimensión procesal del orden público⁹⁸.

IV. Reflexiones finales

51. Desde la perspectiva del análisis realizado, puede concluirse que los derechos fundamentales afectados en los supuestos de restitución por traslado ilícito de menores gozan de una protección equivalente en el Derecho de la Unión Europea y en el sistema europeo de derechos humanos. En consecuencia, podemos afirmar que, en el estado actual de la cuestión, la *doctrina Bosphorus* mantiene su vigencia en la jurisprudencia del TEDH, bajo la presunción *iuris tantum* de compatibilidad del Derecho de la UE con los derechos protegidos en el CEDH en la medida en que otorga garantías equivalentes.

52. En materia de restitución de menores entre Estados miembros de la UE, puede afirmarse que la jurisprudencia del TEDH y del TJUE coinciden en cuanto a la interpretación del contenido del respeto a la vida privada y familiar y del interés superior del menor. Podemos inferir que el TJUE asimila el parámetro comunitario de protección de los derechos fundamentales diseñado por el mecanismo de Estrasburgo a través del test Bosphorus. Esta equivalencia permite la progresiva convergencia hacia la construcción de un *orden público europeo* integrado por estos derechos que puede presumirse como equivalente al *orden público comunitario*, conformado por los principios del Derecho de la UE.

53. Esta equivalencia resulta más evidente en la *dimensión material* del orden público en los procedimientos de restitución de menores; en su *dimensión procesal*, el contenido del derecho a un proceso equitativo y del derecho de audiencia al menor en casos de sustracción internacional evidencian aún un déficit de equivalencia en el estado actual de la cuestión, que entiendo será superado por el efecto de las reformas operadas en el RB II ter en cuanto al proceso de restitución del menor y su derecho de audiencia.

54. Resta por comprobar en qué medida la jurisprudencia del TEDH mantiene en el futuro su doctrina sobre la presunción de equivalencia al analizar las decisiones de los tribunales del Estado de origen y destino dictadas en ejecución del Derecho de la Unión, en especial respecto de las reformas legislativas comunitarias operadas en el mecanismo de prevalencia y en la inclusión de motivos de suspensión o de denegación de la ejecución de las órdenes de restitución del menor.

⁹⁶ STJUE de 22 diciembre 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz* [ECLI:EU:C:2010:828]

⁹⁷ Vid. comentario de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del ejecutur y derechos del niño a ser oído”, *La Ley Unión Europea*, 2011, n° 7578, pp. 1-7.

⁹⁸ Sobre la inclusión de la audiencia del menor dentro del concepto de orden público, vid. L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, esp. pp. 266-280.

EL PILAR EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PLAN DE ACCIÓN: POR FIN, ¿EL MODELO SOCIAL EUROPEO?

THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS AND THE PLAN OF ACTION: AT LAST, THE EUROPEAN SOCIAL MODEL?

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA
Profesora Contratada Doctorada (acreditada)
Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0002-6744-3290

Recibido: 13.12.2021 / Aceptado: 11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6677>

Resumen: La Unión Europea se ha sustentado en el Pilar económico desde sus inicios a la actualidad. Los periodos de crisis económicas y los recortes sociales han supuesto mayores índices de pobreza y de exclusión social, con altas cifras de desempleo y desprotección. El empleo y la protección social debe ser la clave de la recuperación económica. En este contexto, analizamos la visión de la Unión Europea en la construcción del modelo social y de forma concreta el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y su Plan de Acción.

Palabras clave: pilar Europeo, modelo social, derechos laborales, Plan de acción, Unión Europea.

Abstract: The European Union has been reinforced by the Economic Pillar from its origin to the present-day. Periods of economic crisis and social cuts have led to higher rates of poverty and social exclusion, with high unemployment and lack of protection. Employment and social protection must be the key to economic recovery. In this context, we analyse the vision of the European Union in the construction of the social model and specifically the European Pillar of Social Rights and its Action Plan.

Keywords: European Pillar, social model, labor rights, Action Plan, European Union

Sumario: I. Una Europa en clave económica: la necesidad de un nuevo enfoque más social. II. La iniciativa europea en la lucha por los derechos sociales: El empleo y la protección social como claves de protección social. III. La visión de la Unión Europea en la construcción del Modelo Social: El Pilar Europeo de los Derechos Sociales y su Plan de Acción.

I. Una Europa en clave económica: la necesidad de un nuevo enfoque más social

1. Si posamos la mirada en el origen de la ahora Unión Europea se puede aclamar que fue un proyecto nacido del esfuerzo conjunto por lograr un marco de entendimiento común en el desarrollo de un mercado “económico”.

2. El origen de la Unión Europea surge de un momento histórico marcado por el deseo de paz tras la II Guerra Mundial. Se trató de dejar atrás el “enfrentamiento”, sobre todo entre Francia y Alemania, y se creó una asociación y puesta en común basada en dos sectores industriales que eran esenciales:

el carbón y el acero. Así, nace con el Tratado de París en el año 1951, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), siendo el embrión de la actual Unión Europea.

Poco tiempo después con el Tratado de Roma de 1957 se forjaron dos nuevas comunidades, una de carácter sectorial, la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y otra como marco de políticas comunes, la Comunidad Económica Europea (CEE). En los ochenta, se reforma el Tratado de Roma con la formulación del Acta Única Europea, por la que la CEE pasó a denominarse Comunidad Europea, y que anhela un mercado interior. Hasta el momento, el sustento de la Unión se forjó en el compromiso económico con la apuesta por los pilares que ya se han anotado: el Carbón y el Acero, el pilar económico, al fin y al cabo. No es hasta el año 1992, con el Tratado de Maastricht, cuando se evidencia la necesidad de reforzar la cohesión económica fortaleciendo la dimensión social para lograr unos altos niveles de empleo y para mejorar la protección social. El Tratado de Maastricht dio origen a la Unión Europea sostenida por tres pilares: el comunitario (político, económico y monetario); la cooperación en Política Exterior y de Seguridad Común; y la Justicia e Interior.

3. El contexto narrado sugiere que, el económico siempre ha sido la clave del proyecto europeo, pero los otros pilares van sumándose, con mayor o menor intensidad. Consiguientemente, el 1 de enero de 1993 se inicia una etapa histórica con el anunciamento de los pilares del mercado único: la libre circulación de personas, de bienes, de servicios y de capitales. Con ello, se acelera la consagración del mercado interior en un guiño muy claro al hecho de multiplicar el número de consumidores. De hecho, en 1995 con el Tratado de Schengen se suprimen las fronteras interiores, y con el Tratado de Ámsterdam en 1999 se amplían los derechos de la ciudadanía europea y, es en entonces, cuando se empieza con la cooperación en materias de empleo. En este transcurrir y en los años sucesivos se fueron adhesionando nuevos miembros, y adaptándose los Tratados a la nueva realidad. Otros desafíos a los que se enfrentó Europa fueron la circulación del Euro y el fracaso ante la proclamación de la Constitución Europea.

4. La crisis mundial del año 2008 azotó fuertemente el proyecto europeo con el compromiso de los Miembros por la conocida como “la “disciplina presupuestaria”, con el Tratado para la Estabilidad, la Coordinación y la Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”¹. Con todo, la contención económica formó parte de la agenda europea con una serie de instrumentos dirigidos a lograr la estabilidad financiera, la supervisión y el apoyo a las entidades bancarias.

No cabe duda que los periodos recesivos afectan de forma negativa a la protección socio laboral, y ello a nivel mundial. La situación pandémica ha marcado un estancamiento en el desarrollo económico, toda vez que ha supuesto la disparidad en la protección entre economías avanzadas y economías en desarrollo, con una gran divergencia en la recuperación del empleo y una brecha social y productiva. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo se plantea salir de la crisis actual de forma inclusiva, sostenible y resiliente, con el Programa Común de las Naciones Unidas y su Acelerador mundial para el empleo y la protección social. La idea de la Organización Internacional del Trabajo es apostar por una globalización más equitativa y más social formulando estrategias nacionales de empleo eficaces y seleccionando políticas internacionales que sean capaces de promocionar el empleo. En definitiva, la Organización Internacional del Trabajo aboga por vincular el crecimiento económico de los países con mejoras de las condiciones socio laborales²

5. Como se ha anotado, el proceso de integración europea se basó en su inicio en el factor económico. Para ejemplificar esta situación, tanto el Proyecto del Mercado único, como la unión económica monetaria, la Agenda de Lisboa y la misma Constitución Europea priorizaban las medidas para expandir el mercado, para estimular la oferta y la demanda en el mercado europeo. Así, el componente económico sí que se ha “comunitarizado”, es decir, desde instancias europeas se fiscaliza y se supervisa los aspectos monetarios y comerciales. Sin embargo, en relación a las actuaciones que mejoran las condiciones de

¹ El proceso de construcción europea se describe en esta web <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/UnionEuropea/Paginas/ProcesosConstruccionEuropea.aspx>

² <https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/globalization/lang--es/index.htm>

vida y de trabajo de los ciudadanos europeos y en relación a la cobertura de sus riesgos y de sus necesidades, son las normas y disposiciones vigentes en cada Estado miembro las que recogen los criterios básicos para la provisión de las prestaciones. Es decir, no existe un conjunto ordenado de prestaciones sociales en el espacio social europeo, no existe un modelo social único. En efecto, bien es cierto que la Unión ha optado por algunas actuaciones relevantes y que son vinculantes (por ejemplo, al ser Directivas), en materias como la libre circulación de trabajadores, la portabilidad de los derechos de pensiones, la igualdad de trato a hombres y mujeres en el entorno laboral, la salud, higiene y seguridad en los lugares de trabajo, el derecho de información y consulta a los trabajadores, la jornada laboral máxima (poco exigente), o el diálogo social. Ahora bien, no es menos cierto que todas estas directivas tienen un factor común, pues están ordenadas para facilitar el movimiento de los factores productivos en el territorio de la Unión y, también, claro está para sortear los límites a la libre circulación de personas. Es importante pues eliminar los obstáculos que restrinjan la efectividad de la libre circulación de las personas para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos³.

6. Por tanto, se proclama que no existe un modelo uniforme de protección social, ni tampoco un modelo único de Estado de bienestar. En este aspecto, recuérdese que el Pilar del Estado de bienestar es la Seguridad Social, la protección social. De hecho, numerosos tratados y convenios internacionales se refieren de forma explícita a términos como la protección social y la seguridad social. En cualquier caso, recuérdese que el sistema de bienestar se expande tras la II Guerra Mundial, rodeado de unas circunstancias políticas y sociales muy especiales, e impulsado por una etapa de crecimiento económico intenso. En relación a Europa, se puede decir que todos los Estados se califican de Estados de bienestar, eso sí, sin que tampoco se haya formulado un modelo uniforme⁴.

7. Ahora que, sería importante que los derechos de protección social fueran evolucionando con el fin de alcanzar una integración entre los Estados miembros, y sostenidos bajo el principio de solidaridad social y financiera, que permite avanzar en ese modelo uniforme, en ese tránsito de una ciudadanía europea económica a una ciudadanía europea social. No obstante, el avance no es tal, pues en la actualidad el modelo de integración o solidaridad social es limitado. El debate está más presente que nunca, y nos cuestionamos el éxito o fracaso de si la ciudadanía europea social es plena o está limitada. Y ello pese a reconocer los esfuerzos de la Unión Europea a la hora de impulsar los derechos sociales. La clave es que los Estados Miembros tienen la autonomía legislativa en la configuración y en la garantía de la política social en su fuero interno. Es decir, cada país tiene competencias para formular las disposiciones en las que se fijan los criterios de provisión de las prestaciones. Esta realidad se ha venido a denominar como “Ciudadanía Racional”. Con esta base “se ha avanzado desde la integración negativa (remoción de obstáculos para la libre circulación económica), basada en la solidaridad competitiva, hacia una muy limitada (para unos, deficiente) integración positiva (reconocimiento de derechos sociales fundamentales comunitarios, entre ellos los de protección social) en la que todavía se mantiene la «nacionalización» de los mecanismos de tutela y de garantía de los derechos sociales”⁵. Desde luego, es innegable que esa autonomía perjudica la creación ordenada de un espacio social europeo único.

8. Aunque se haya señalado que el europeo es un sistema de protección social homogéneo si se comprara con otros países como los de América Latina, no es menos cierto, que en Europa no existe una convergencia entre los sistemas impositivos. No obstante, si hay que reconocer que las cuestiones sobre derechos laborales y asistenciales sí que han estado presentes en la coordinación, pero insertadas en las políticas económicas. De tal forma que las Cumbres Europeas se han marcado el objetivo de alcanzar

³ Con este prisma, J. BILBAO UBILLOS, “La dimensión social de la política de cohesión”, *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 58, 2018.

⁴ C. SÁNCHEZ RODAS, “La aplicación del primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos a las prestaciones sociales ¿freno para las reformas de seguridad social?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, pp. 676-697.

⁵ Cfr. Y. SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social. Balance y perspectivas del modelo constitucional de solidaridad social comunitaria”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015.

una estrategia común de crecimiento económico y de fomento del empleo, como las bases de un equilibrio en los ámbitos social y económico.

9. El planteamiento que nos podríamos trazar es saber si esta estrategia favorece o no la armonización social, es decir, si se consolida un verdadero Estado de bienestar europeo, pues en modo alguno se han definido, o más bien, impuesto, unas políticas sociales comunes explícitas. La respuesta de la Unión se ha forjado más en relación a la Flexiseguridad, del *welfare* al *workfare*, marcada por las políticas de austeridad económica, con el objetivo principal de la estabilidad presupuestaria y financiera y la reducción del déficit de los Estados. Por tanto, de los periodos recesivos de la economía han resultado una menor dimensión social con el recorte presupuestario y las limitaciones impuestas para reducir con crudeza el gasto público.

10. En general, la dimensión social europea queda subordinada a la consolidación del mercado, y se tacha que existe una menor preocupación por los problemas sociales, como el empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, y la protección social. Las estrategias marcadas debilitan al sistema de protección social y bajo la sombra de las crisis económicas que generan una tensión entre el capitalismo y la democracia. De forma contundente se ha criticado la oligarquía de la economía y la pérdida de la calidad en Europa, ante lo que se ha denominado como desmantelamiento democrático o invierno de la democracia en Europa. La Unión Europea se enfrenta a problemas que afectan a legitimidad y a las estructuras del proyecto europeo. Por tanto, el reto es que el componente social forme parte de la agenda de la Unión Europea para construir un modelo de bienestar global de clara inspiración europea. En definitiva, es imperioso apostar por un verdadero programa europeo de empleo en proyección con el factor social⁶.

11. En cualquier caso, en la actualidad, no cabe duda que Europa tiene distintos modelos de política y de protección social si tenemos en cuenta, los objetivos, las prioridades y los mecanismos de financiación de las prestaciones sociales. Desde luego, cada Estado atiende de forma distinta la protección relacionada con sus objetivos sociales y el efecto que tiene el componente social en su economía, es decir, si contemplan lo social como un gasto que desequilibra sus finanzas o como un elemento eficiente en su economía.

12. Teniendo en cuenta esa situación, sería deseable que se promoviera la protección social desde la Unión Europea con pulsos como: (-) la persecución de la evasión del fraude fiscal, considerando que muchos fondos económicos se ubican en paraísos fiscales a efectos de minimizar y evitar costes impositivos, lo que, a su vez, debilita la financiación del Estado de bienestar. De hecho, si fueran sometidos a una mayor tributación se beneficiaría el Estado de bienestar sostenidos bajo el vínculo de solidaridad social al que antes se hizo referencia; (-) el análisis de las políticas públicas en función de la promoción del bienestar de los ciudadanos. Es decir, se tendría que valorar si la ejecución de las medidas logra resultados relacionados con la mejora de las condiciones económicas, laborales, sociales y personales. En el planteamiento esbozado, sería importante que se dejar de apreciar la dimensión social como un gasto desequilibrante, y que se contemplara como un elemento eficiente en la economía de los países.

13. En definitiva, reforzar la estabilidad social como elemento esencial para el buen funcionamiento de la economía; (-) la apertura de un espacio de reflexión sobre la financiación de la protección social, sobre la necesidad de formular modelos de financiación que permitan la solidaridad continuada

⁶ El término de Flexiseguridad emergió en el año 2007 para ser concebido como un instrumento de modernización del modelo social europeo con fines como: favorecer la adaptabilidad de trabajadores reforzando la seguridad de las transiciones laborales; aumentar la inversión en formación para reducir las diferencias de la fuerza laboral; crear oportunidades de empleo para los preceptores de prestaciones; prevenir el desempleo y la dependencia de las prestaciones; regularizar el empleo informal; y, disminuir la exclusión social. Sobre las ideas expuestas véase a J. RAMOS DÍAZ, "Empleo, protección social y ciudadanía en tiempos de crisis", *Panorama Social*, núm. 17, 2013.

entre las generaciones. El fin de este debate es garantizar un acceso lo más equitativo y sostenible a la protección social en términos de grupos y de riesgos cubiertos.

En cualquier caso, hay que valorar los desafíos a los que se enfrenta la viabilidad del sistema de protección social, si tenemos en cuenta los siguientes hechos: (-) el cambio de escenario respecto al origen del Estado de bienestar, considerando la evolución histórica experimentada a nivel mundial y teniendo presente los efectos de la globalización y de la revolución tecnológica y digital; la bajada de cotizaciones ante la disminución de la población activa en edad de trabajar; (-) los nuevos métodos y sistemas de trabajo; (-) la adhesión de países muy dispares atendiendo a su estructura económica, a sus niveles de renta, a sus índices de empleabilidad; (-) la salida del Reino Unido de la Unión Europea con las consecuencias socio laborales para los trabajadores y las empresas afectadas; (-) la protección social en las fronteras nacionales ante las nuevas formas de movilidad laboral nacidas por la digitalización. A modo de apunte hablamos del teletrabajo transfronterizo, de los nómadas digitales que trabajan a distancia por la Unión Europea. Sin duda, la Unión Europea tiene ante sí importantes retos de adaptación a la nueva realidad económica y social que vivimos en la sociedad actual⁷.

14. En el orden marcado, recuérdese que, la Unión Europea tiene unas competencias limitadas en el ámbito social, y que la responsabilidad sobre el empleo y las políticas sociales son competencias de los Estados miembros. A pesar de esta limitación competencial, en proceso de integración europea, la Unión ha ido desarrollando una política social con el diseño de instrumentos legales, la aportación de fondos y de herramientas destinadas a estimular, coordinar o supervisar las políticas de los Estados miembros.

15. En definitiva, la filosofía de la política social se ha enfocado en mejorar el empleo, las condiciones de vida, el bienestar social y la igualdad de oportunidades en un entorno de crecimiento económico y de cohesión social. A su vez, se trata de paliar y superar los periodos recesivos económicos considerando que la recuperación económica debe ir acompañada de una fuerte dimensión social.

Otro aspecto importante en el que invierte la Unión es en la formación, eso sí, una formación enfocada al mercado, de modo que potencia trabajadores cualificados y adaptados para dar respuesta a los cambios económicos tan vertiginosos. Para ello la Unión dispone de un conjunto de instrumentos de financiación como son el Fondo Social Europeo +, Programa de empleo y de innovación, garantía juvenil, entre otros⁸. Como se verá al final, estos fondos son un importante potenciador de la dimensión o del modelo social europeo en la actualidad

II. La iniciativa europea en la lucha por los derechos sociales: El empleo y la protección social como claves de protección social

16. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respalda, entre otros derechos: el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la protección social que sea adecuada, la garantía de un nivel de empleo elevado y duradero y la prevención de la exclusión social. Los reseñados son los objetivos comunes de la Unión Europea y sus Estados miembros en materia socio laboral

⁷ Como se verá luego, el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y su Plan de Acción apuestan por la protección social en las fronteras nacionales. Es importante atender las nuevas formas de movilidad laboral y reforzar la protección social como una condición previa para el funcionamiento adecuado del mercado interior. Cualquier tipo de movilidad laboral requiere unas interacciones fluidas entre trabajadores móviles y administraciones. A su vez, esta coordinación reduce el riesgo de errores administrativos y controla el fraude. Ante la Era Digital, Europa se plantea soluciones para facilitar la movilidad (física y virtual) de sus ciudadanos. El elemento principal es la transferibilidad de los derechos de seguridad social y la verificación transfronteriza de las cotizaciones por las administraciones. Desde luego, es un gran desafío en materia de coordinación de seguridad social. VID. A. MILLÁN GARCÍA, “La protección social en la Unión Europea, ¿un modelo homogéneo”, *El modelo económico de la Unión Europea*, núm. 820, 2005.

⁸ Cfr. M. SANZ CUESTA, “Política Social y de Empleo”, *Centro de Documentación Europea y Europe Direct de la Comunidad de Madrid*, 2021.

tal y como se describen el artículo 151 del Tratado. No obstante, el mismo precepto reconsidera que las acciones de la Unión y de los Estados se emprendan teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales y la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. A su vez, considera que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, y que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

17. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea enuncia los derechos sociales basados en pilares como la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad. De tal manera que reconoce y garantiza enunciados como: (-) la prohibición de toda discriminación, (-) la integración de las personas con discapacidad en el ámbito social y profesional, (-) el derecho a la información y consulta de los trabajadores en su empresa, (-) el derecho a la negociación colectiva incluida la huelga, (-) el acceso a los servicios de colocación gratuitos, (-) la protección del trabajador en caso de despido injustificado, (-) la tenencia de unas condiciones de trabajo justas y equitativas respeto a su salud, seguridad y dignidad en el trabajo, la limitación del tiempo de trabajo, el derecho al descanso y a las vacaciones, (-) el reconocimiento y el acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales y a las ventajas sociales, o la ayuda social para combatir a exclusión social y la pobreza⁹.

18. Se ha señalado que la Carta es vinculante y que la integración de la Unión se basa en la creación de un marco jurídico de protección de los ciudadanos europeos, es decir que es un eje fundamental del proceso de integración europeo y un rasgo identificativo de la política emprendida. No obstante, se debe insistir en que la Unión Europea no sustituye a los Estados miembros a la hora de ordenar la materia socio laboral, pues su labor es puramente complementaria, por lo que tan solo se puede hablar de modelo social europeo como una “unidad de valores sociales compartidos, basados en los principios de igualdad y solidaridad, que está presente en las políticas comunitarias y que se reforzado con la obligatoriedad jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales”¹⁰.

19. En la Cumbre de Lisboa celebrada en el año 2010, el Parlamento insistió en que el empleo y los aspectos sociales deben librar un papel importante en las estrategias de crecimiento europeo. Por ejemplo, que se debe elevar el nivel de protección social como eje central de la Estrategia de Lisboa, pues es inaceptable que las personas vivan bajo el umbral de la pobreza y en exclusión social. Este objetivo era necesario ante la insuficiencia que presentaba la Agenda de Lisboa al no recoger objetivo alguno que fuera vinculante en el ámbito social.

20. Ante la tesis narrada, el Parlamento apostaba por que la Unión asumiera un compromiso en la conservación de los modelos sociales europeos, por una Europa social fuerte, sobre todo, en periodos recesivos. Además, solicitó a los Estados miembros a que realizaran un estrecho seguimiento de los efectos socio laborales de sus reformas como parte de la Estrategia Europea 2020.

21. La Estrategia Europea 2020 ha sido calificada como un gran avance en la política social pues incluye como novedad la reducción de la pobreza y de la exclusión social, un elemento que no estaba en la Estrategia de Lisboa.

Con este horizonte, la Estrategia Europea 2020 recoge una serie de iniciativas en forma de metas trazadas por: (-) una plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social; (-) una Agenda de Nuevas Cualificaciones y Empleo; (-) un Paquete de Inversión Social para modernizar los sistemas de protección social; (-) un Paquete de Empleo para reformar los mercados laborales; (-) un Libro Blanco de Pensiones para que sean sostenibles y seguras con elementos como la jubilación compatible con la

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 (DOUEC núm. 303 de 14 de diciembre de 2007).

¹⁰ Cfr. M. SANZ CUESTA, “Política Social y de Empleo”, *Centro de Documentación Europea y Europe Direct de la Comunidad de Madrid*, 2021.

movilidad, una vida laboral más larga, la reducción de la brecha de pensiones por género, y el desarrollo de planes de jubilación privados que sean complementarios; (-) un Paquete de Empleo Juvenil con el refuerzo de la garantía juvenil, de las prácticas, de la formación profesional, de la formación de aprendices y del emprendimiento¹¹.

22. En el desarrollo de la Estrategia Europea 2020, el Parlamento ha insistido en una incorporación más eficaz de los objetivos laborales y sociales al Semestre Europeo¹², confiriendo a los indicadores sociales un carácter vinculante y ampliando su ámbito de aplicación a facetas como la pobreza infantil y el trabajo digno. A su vez, el Parlamento se ha mostrado crítico con las medidas de ajustes económico confirmando su compromiso con los valores sociales al decidir sobre su uso de los recursos financieros procedentes del presupuesto de la Unión (FSE+ 2021-2027)¹³.

23. Desde luego, a pesar del esfuerzo de la Unión en esa senda, la Estrategia 2020 es un nuevo fracaso si se tiene en cuenta los índices de pobreza y los millones de personas que viven en riesgo de exclusión en Europa.

24. Las medidas de austeridad unidas al deterioro de la economía provocada por la situación pandémica han aumentado las consecuencias negativas de la crisis y han dificultado el logro de los objetivos marcados. Como se expresó antes, la responsabilidad de la política social sigue estando en manos de los Estados miembros, lo que no contribuye a mejorar ni a consolidar un sistema de protección social sólido europeo. Todo lo contrario, como la responsabilidad se deja al albur de los gobiernos de los Estados miembros, las políticas de austeridad recogidas en el Semestre Europeo contribuyeron al desmantelamiento de los sistemas de protección social en muchos países.

25. No se puede obviar que los Estados miembros quedaron obligados a recortar los gastos para ajustarse al déficit que se había fijado en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Esta obligación supuso una regresión de la protección social, por ejemplo, en aspectos como: el sistema de pensiones, los copagos médicos, el incremento de la presión fiscal, la desregulación del mercado laboral, el recorte de prestaciones sociales y una mayor discrecionalidad en el acceso a las prestaciones sociales. Todo ello en el contexto de unas políticas blandas que han sido un fracaso a la hora de asegurar los derechos humanos.

26. De hecho, las metas sociales de la Estrategia 2020, incluidas las contenidas en el Paquete de Inversión Social, e incluso en el desarrollo de los principios del Pilar Europeo (a los que haremos referencia en el apartado posterior), se gestionaron mediante una gobernanza blanda¹⁴.

Desde luego hay que dejar claro que si las reformas laborales futuras permiten la creación de

¹¹ Sobre ello <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/MarcoUnionEU/home.htm>

¹² El Semestre Europeo es un ciclo de coordinación y supervisión de los esfuerzos de los Estados miembros por cumplir los principios de las políticas económicas, presupuestarias, sociales y de empleo. El Semestre Europeo forma parte del marco de gobernanza económica de la Unión Europea. Aunque inicialmente el Semestre Europeo era principalmente un ejercicio económico, ha evolucionado y su proceso integra ahora otros ámbitos como son el empleo y lo social. Durante este marco o ciclo, los Estados miembros ajustan sus políticas presupuestarias y económicas a las normas acordadas en seno de la Unión. Como se verá luego, tras la promulgación del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, el Semestre Europeo es también un instrumento de coordinación y supervisión de los esfuerzos internos por cumplir los principios y los derechos recogidos en dicho Pilar. En definitiva, el semestre europeo es el marco de coordinación y supervisión del esfuerzo de los Estados miembros por cumplir los principios de las políticas económicas, presupuestarias, sociales y de empleo. Vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-semester/#>

¹³ El Fondo Social Europeo es el principal instrumento europeo para luchar contra el desempleo y la exclusión social. Este instrumento representó en el periodo anterior (2014-2020) el 23.1% de la financiación total de la Unión para sostener las políticas de cohesión, y el 20% de la asignación destinada a cada Estado miembro con cargo a este fondo se dirigió a medias de inclusión social. Para el periodo de programación 2021-2027 se asigna presupuesto destinado a las ayudas alimentarias y materiales, a financiar las capacidades de los interlocutores sociales y a garantizar los proyectos de la Unión que respeten los derechos fundamentales. Sobre ello: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-semester/#>

¹⁴ Sobre ello léase el informe preparado por G. MALGESINI REY, "Foro Europeo contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social. Conclusiones y propuestas para el periodo post-2020 y Agenda 2030", *European Poverty Network*, 2020.

empleo precario y temporal, si los gobiernos siguen sin regular el empleo atípico y si las medidas de protección social siguen siendo insuficientes y no vinculantes, la Europa Social seguirá siendo una utopía.

27. Por su parte, la Estrategia Europea 2030 se pronuncia en términos en los que se reproduce la necesidad de reforzar una Europa social y verde en línea para asegurar los derechos de la Unión, de los Principios del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, y de los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

Pues bien, la Estrategia 2030 se marca entre sus metas: acabar con la pobreza, garantizar la educación y la equidad de género, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas; adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección; y lograr una mayor igualdad. Los resultados de la Estrategia 2030 están aún por reflejarse, pero no cabe duda que son de enorme alcance las consecuencias sociales de la crisis económica y pandémica sobre Europa.

28. Ante las altas cifras de desempleo, el aumento de la pobreza y de la exclusión, y el crecimiento de las desigualdades, la Unión Europea reacciona publicando una Recomendación sobre el Pilar Europeo de los Derechos Sociales¹⁵.

29. La Recomendación considera los desafíos a los que se enfrenta la Unión en materia social y de empleo y considera que sigue siendo necesario mejorar el empleo y la productividad. Nuevamente, la Unión vincula el progreso social a lo económica, considerando que son variables interrelacionadas.

30. La Recomendación apuesta por establecer un Pilar Europeo encaminado a construir un modelo de crecimiento más inclusivo y sostenible, mejorando la competitividad europea para invertir en ella, creando puestos de trabajo y fomentando la cohesión social.

31. El objetivo del Pilar Europeo es ser una guía para lograr mejores resultados sociales y de empleo, y para que sean más eficientes de forma que den respuesta a los desafíos a los que se enfrenta la Unión, tanto en la actualidad, como en un futuro (ante los cambios económicos, tecnológicos y sociales). El objetivo de fondo del Pilar Europeo es atender las necesidades que sean esenciales de la población, garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales.

32. El Pilar Europeo subraya la importancia de los derechos sociales como instrumento para aumentar la resiliencia y para consolidar la unión económica y monetaria. Sin embargo, el presente documento toma la forma de una recomendación, y sería aplicable solo para los Estados que deseen formar parte de él. Así, los Estados lo asumen en forma de compromiso y de responsabilidad, dentro de sus competencias y conforme al principio de subsidiariedad. Así es, la Recomendación apunta que el Pilar no implica una ampliación de las competencias de la Unión definidas en los Tratados, por tanto, se aplica dentro de los límites marcados por esas competencias. De hecho, sigue apuntando que la aplicación del Pilar Europeo no afecta al derecho de los Estados miembros a la hora de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social, y que no debe afectar al equilibrio financiero de estos sistemas.

33. En el recorrido de integración europea se ha puesto de manifiesto la apuesta de la Unión por el empleo y la protección social como objetivos básicos de su política social, si bien condicionada a la visión económica, de hecho, las orientaciones de empleo están integradas en las orientaciones generales para las políticas económicas.

34. Como se ha relatado, es cierto que la política y la dimensión social están presentes en la norma europea, tanto en los Tratados, Derecho originario, como en el Derecho derivado. La relevancia de estas políticas forma parte del acervo europeo y las previsiones de índole social tienen una impronta

¹⁵ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (DOUE, n.º 113, de 29 de abril de 2017).

en el impulso del legislador europeo. Ahora que la labor de la Unión no deja de ser de apoyo y de complemento, tal y como expone el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

35. En línea con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se entiende que los objetivos de la dimensión social se conectan con los siguientes ámbitos: (-) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; (-) las condiciones de trabajo; (-) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; (-) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; (-) la información y la consulta a los trabajadores; (-) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios; (-) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; (-) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del desarrollo de una política de formación profesional; (-) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; (-) la lucha contra la exclusión social; y la modernización de los sistemas de protección social.

36. En conexión con su artículo 151, al que antes se hizo la debida referencia, la dimensión social debe tener en cuenta la diversidad de las prácticas de los Estados miembros y la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Y ello unido a las escasas competencias de la Unión en materia social, al ser una política compartida entre Estados Miembros y la Unión, excluyéndose cualquier poder normativo en materia de empleo.

37. Además, también hay que anotar que la adopción de medidas normativas sobre algunas materias exige unanimidad, como ocurre con el ámbito de la seguridad social, la protección social, la protección en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y defensa de los intereses de los trabajadores y empresarios, las condiciones de empleo de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de la Unión. Siendo estas algunas de las dificultades con las que se topa la Unión a la hora de intervenir en materia social, en resumidas cuentas, el déficit de competencias y la ausencia de poder de la Unión Europea en materia social explican las razones por las que la Unión no ha sido capaz de afrontar los periodos de crisis económicas, a su vez, porque no ha sido capaz de adoptar medidas de carácter social destinadas a paliar los efectos negativos de la crisis en los ciudadanos, de forma especial, el desempleo y la pobreza. Es más, se ha exclamado que ni los propios Estados miembros de la Unión han pretendido trazar un modelo social y de empleo europeo único. Los Estados realmente no han mostrado interés en que la Unión tenga un poder autónomo en las obligaciones y responsabilidades del contrato laboral, ni en lo que concierne al empleo y al bienestar social de los ciudadanos-trabajadores. Realmente, como ya se ha expresado, el pilar social resulta indisociable del pilar económico, que no al revés¹⁶.

38. Desde hace décadas se debate sobre el papel que debe tomar la Unión en el pilar de política social, en torno a su contenido, la intensidad de intervención o el rol que debe adoptar, con posturas opuestas en distintas áreas del conocimiento. En este debate se destaca una postura que aboga por potenciar y fortalecer la dimensión social y la convergencia de una política social, distanciándose de una política social supeditada o como complemento de la política económica. Esta postura cobra más fuerza en periodos de crisis económicas como la actual provocada por la situación pandémica o ante futuras recesiones¹⁷.

¹⁶ Nos parece interesante la posición dada en diversas obras por M. ORTEGA GÓMEZ, “La Unión Europea frente a los retos políticos, económicos y sociales de la crisis de la Eurozona”, *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis*, Marcial Pons, 2913, p. 227 y ss.; “La política social, el empleo y otras normas sociales de la Unión Europea”, *Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI*, Bosch, 2017.

¹⁷ Sobre esta postura vid. L. CASADO CASADO, “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia el fortalecimiento real de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, 2019, pp. 378 y ss.

39. En líneas anteriores se anotó la falta de legitimidad de la Unión Europea y los retos que debe afrontar en la actualidad. Uno de los mayores retos es superar las consecuencias sociales de la crisis económica y financiera internacional. Las altas cifras de desempleo azotan a la población juvenil y a los colectivos más vulnerables como son las mujeres, las personas con discapacidad y las personas de edad avanzada. Los recortes sociales suponen un aumento de la pobreza y un mayor riesgo de exclusión social, perfilando la foto fija de la Unión.

40. Desde instancias europeas se pretende renovar el modelo social europeo emergido en el Derecho Originario (Tratado de Maastricht y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, junto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). La filosofía de la Unión y el influjo de la doctrina que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea avanza en proclamar los principios y los valores inspiradores del modelo social europeo¹⁸.

III. La visión de la Unión Europea en la construcción del Modelo Social

41. La promoción del bienestar de los ciudadanos- trabajadores está presente en la política de la Unión ante la situación que ha desencadenado los periodos recesivos de la economía y los recortes sociales. La dimensión social europea se proyecta en el fortalecimiento de un nivel de empleo y de protección social adecuado a nivel europeo. Esta es la respuesta en la que se enmarca el Pilar Europeo de los Derechos Sociales. A continuación, exponemos unas breves pinceladas de su gestación, de su desarrollo y de su alcance.

42. El Pilar Europeo se gestó de forma improvisada con el anuncio del presidente de la Comisión en la Eurocámara el 9 de septiembre de 2015 exponiendo la intención de formular una norma que tenga en cuenta las cambiantes realidades de la sociedad europea y el mundo del trabajo y que sirviera como guía para una renovación. Con esta anunció, en marzo de 2016, la Comisión presentó un documento en forma de borrador con el propósito de recabar las opiniones y los puntos de vista sobre su posible contenido¹⁹.

43. El 23 de enero de 2017 se concluyó el proceso de consulta pública y sus resultados se elevaron en forma de Recomendación, a la que ya antes se hizo referencia. La consulta pública evidenció la creciente frustración y preocupación que sienten muchas personas ante unas perspectivas de vida inciertas, el desempleo, el aumento de las desigualdades y la falta de oportunidades (sobre todo para los jóvenes).

44. Por su parte, el Parlamento Europeo trabajó en la misma línea y adoptó la Resolución de 19 de enero de 2017 sobre el Pilar Europeo de derechos sociales²⁰. En el contexto desarrollado, considera, entre otros aspectos, que la Unión debe responder con rapidez y de forma perceptible a la percepción de los europeos sobre el modelo social, y que se debe abrir un debate sobre el porvenir y la estructura del modelo social europeo.

45. Con este y otros considerandos, exhorta a la Comisión a que presente unas propuestas sobre un pilar europeo de derechos sociales sólido que no se limite a una declaración de principios ni de buenas intenciones. A juicio de la Comisión las propuestas deben reforzar los derechos sociales mediante

¹⁸ Un experto en los avances de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es J.M. MIRANDA BOTTO, "El derecho social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.

¹⁹ Comunicación Apertura de una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales, documento COM [2016] 127, de 8 de marzo de 2016.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (DOUE de 10 de julio de 2018).

instrumentos concretos y específicos, como, por ejemplo, normas, mecanismos de elaboración de políticas e instrumentos financieros que repercutan positivamente en la vida de las personas y que permitan la construcción europea en el siglo XXI con una defensa de los objetivos sociales de los Tratados.

La construcción se limita al apoyo de los sistemas de protección social de los Estados miembros, junto con el refuerzo de la cohesión y la solidaridad. A su vez, el Parlamento Europeo aboga por la convergencia en relación a los resultados económicos y sociales garantizando una protección social adecuada, reduciendo las desigualdades y la pobreza y la exclusión social. Nuevamente, vincula estos logros a facilitar el mercado único de la Unión y a mejorar el funcionamiento de la economía.

46. Con respecto a los Estados miembros, asumieron los compromisos ya enunciados en la Recomendación y en la Resolución y se comprometieron al logro de una Europa social basada en el crecimiento sostenible, el progreso socio-económico, la cohesión y la convergencia, eso sí, nuevamente, preservando la integridad del mercado interior²¹.

47. Finalmente, el 17 de noviembre de 2017, las principales instituciones de la Unión Europea (el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea) proclamaron solemnemente el Pilar Europeo de Derechos Sociales en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento que tuvo lugar en Gotemburgo, Suecia. Se trataba de la primera cumbre social en veinte años. En la Cumbre de Gotemburgo se aclamó que el Semestre Europeo tiene un cariz más social que nunca, con el Pilar sólidamente integrado en el proceso de supervisión de los avances en el terreno social²².

48. Por su lado, la doctrina ha tratado de valorar de forma positiva esta iniciativa, sobre todo considerando que el contexto histórico en el que ha nacido el Pilar. Un momento crítico ante la salida del Reino Unido de la Unión, conflictos internacionales importantes y el auge de la extrema derecha. Por tanto, se ha esbozado que esta etapa necesita de un fortalecimiento del proyecto europeo, de un entusiasmo renovado con el que los ciudadanos se sientan más identificados y que se alejen los “fantasmas de nacionalismos extremos. En un escenario de estas características es posible considerar que el impulso de la dimensión social para una convergencia renovada ascendente es requisito *sine qua non* para consolidar el proyecto de Europa”²³.

49. No cabe duda que la situación europea exige tomar una perspectiva multidimensional para el desarrollo de una Europa Social y solidaria en la que se tengan más presente que nunca los derechos sociales y fundamentales. La respuesta se debe orientar a mejorar el bienestar de los ciudadanos con políticas reforzadas centradas en lo social.

50. Al mismo tiempo, la crisis de la Covid 19 ha multiplicado los índices de pobreza, las desigualdades y la exclusión social. Ante la situación desencadenada por la pandemia, la Unión Europea ha dado una respuesta más social para intentar paliar los efectos de tan lamentable situación. En este sentido, se debe aprovechar la sinergia generada y velar porque el Pilar Europeo de los Derechos Sociales sea una guía en la mejora permanente de los derechos sociales de los ciudadanos.

51. La doctrina expone que el Pilar Europeo de los Derechos sociales pretende fomentar la convergencia de las legislaciones nacionales con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo, y que ello sería positivo para Europa en su conjunto, tanto en el plano de la economía (racionalidad económica), como en el plano de la justicia social (como razón de la sociedad). Por tanto, se erige como

²¹ Declaración de Roma, de 25 de marzo de 2017; Declaración conjunta de los interlocutores sociales, de 24 de marzo de 2017.

²² Cumbre Social a favor del empleo justo y el crecimiento: reforzar la dimensión social de la U UE, 16 de noviembre de 2017. Sobre esta cumbre https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_4643 M.I. RAMOS QUINTANA, “El “momento cumbre” del pilar europeo de derechos sociales”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 37, 2018, pp. 8-11.

²³ M.I. RAMOS QUINTANA, “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de derecho social*, núm. 77, 2017, pp. 19-42.

un estándar para implantar garantías mínimas de protección social, como una fórmula de converger los objetivos de los sistemas nacionales de protección social de los Estados miembros. Ahora bien, nuevamente, el Pilar Europeo de los Derecho Sociales se imprime del carácter *soft law*, quedando al albur del legislador nacional. Como se verá después, es imprescindible dotar al Pilar Europeo de esa fuerza vinculante, de modo que se incorpore los derechos sociales en el Sistema de Tratados internacionales y en el Derecho derivado²⁴.

52. En efecto, el Pilar Europeo no está destinado a formular nuevas competencias a nivel europeo, limitándose a que sean los Estados miembros los encargados de atender los principios básicos que se enuncian. Por tanto, “la proclamación interinstitucional no tiene un efecto jurídicamente vinculante a menos que forme parte de tratados”²⁵.

53. El Pilar Europeo se estructura en tres capítulos ordenados en 20 principios que se erigen como el faro que guía a una Europa fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades. Por ese lado, la Comisión ha ido presentando las acciones basadas en cada uno de los principios, y se prevé la puesta en marcha de otras acciones para su refuerzo continuado. Los tres capítulos son: Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; Condiciones de trabajo justas; y la Protección e inclusión social.

54. Para la aplicación del Pilar Europeo se ha formulado el Plan de Acción que recoge un conjunto de iniciativas y que exige el esfuerzo conjunto de todos los actores implicados, desde las instituciones europeas, a las autoridades nacionales, los interlocutores sociales a la sociedad civil.

55. A continuación, se irán relatando la finalidad de cada uno de los principios que se ordenan en torno a los tres capítulos junto con la acción concreta de la Comisión en la materia, es decir, el Plan de acción.

56. El Capítulo I “Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo” se divide en 4 principios.

57. El Principio 1 “Educación, formación y aprendizaje permanente” considera que toda persona ostenta este derecho y entiende que la formación ha de ser inclusiva, con el fin de adquirir y de mantener las capacidades que le permitan una participación en la sociedad de forma plena y que se esté preparado para las transiciones en el mercado laboral. Este enunciado recuerda el término de Flexiseguridad al que antes se hizo referencia en tanto que se precisa de personas formadas en los requerimientos del mercado para garantizar un tránsito seguro entre empleo y empleo. La acción concreta de la Comisión en relación a este principio es la Agenda de Capacidades Europea. Este instrumento se presentó en julio de 2020 para garantizar una competitividad que sea sostenible, la equidad social y la resiliencia. En la acción se recogen 12 objetivos cuantitativos relacionados con la mejora de la capacitación y de la formación en nuevas capacidades con un reciclaje permanente relacionadas con la transición digital y verde. La apuesta por la formación alcanza a las zonas rurales y remotas y tiene en cuenta la necesidad de adaptarse a los cambios del mercado de trabajo y los nuevos retos causados por la pandemia²⁶.

58. El Principio 2 “Igualdad de género” (de trato y de oportunidades) aborda desde un plano transversal y se dirige a todos los ámbitos laborales, como son las condiciones de empleo y de trabajo, la carrera profesional y la igualdad de retribución. La acción concreta se centra en dos planos. Por un lado, en la Estrategia para la igualdad de género 2020- 2025 con la puesta en marcha de medidas para

²⁴ Sobre ello véase J.L. MONEREO PÉREZ, “Pilar Europeo de Derechos sociales y sistemas de seguridad social”, *Revista jurídica de Derechos Sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018.

²⁵ Para mayor abundamiento léase a G. MARGESINI REY, *Foro anual europeo contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social*. *Op. cit.*

²⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1196

erradicar la violencia de género, combatir los estereotipos de género y reducir la brecha de género. Por otro lado, en la formulación de medidas vinculantes de transparencia salarial entre mujeres y hombres. Téngase presente que a fecha de diciembre de 2021 se sigue expectante al recorrido de la Propuesta de Directiva sobre esta materia²⁷.

59. El Principio 3 “Igualdad de oportunidades” de toda persona en relación con el empleo, la protección social, la educación, el acceso a bienes y servicios. Como es habitual esta previsión se establece independientemente de cualquier condición como es el sexo, el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad u orientación sexual. Además, aboga por el fomento de las oportunidades de aquellos grupos infrarrepresentados. En tal sentido, se ha promulgado en forma de Comunicación un plan de acción de la UE antirracismo, que, entre otros aspectos, apuesta por combatir el racismo y la discriminación racial a través de la legislación. En el seno de esta acción, se plantea la elaboración de un informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE sobre la igualdad racial²⁸.

60. El Capítulo II “Condiciones de trabajo justas” se organiza en seis principios.

61. El Principio 5 establece el derecho a un trato justo en materia de condiciones de trabajo, de acceso a la protección social y a la formación, en síntesis, a un “empleo seguro y estable” independientemente del tipo y la duración de la relación laboral. Este principio se basa en la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido y a su vez, se conecta con la Flexiseguridad, pues tiene en cuenta la necesidad de los empresarios a adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. Después, lo vincula a las nuevas formas de trabajo y a la garantía de condiciones laborales de calidad. También fomenta el auto empleo, el emprendimiento y la movilidad laboral. Otras líneas de este principio se basan en aspectos genéricos relacionados con la prohibición de utilizar de forma abusiva contratos atípicos y relaciones laborales precarias. Por último, señala que los periodos de prueba deben tener una duración razonable. Este principio no cuenta aún con un plan de acción desarrollado, simplemente, lo acompaña una iniciativa para mejorar las condiciones de trabajo en las plataformas digitales. Eso sí, como en los anteriores supuestos, a fecha de diciembre de 2021, se encuentra en la primera fase de consulta de los interlocutores sociales de la Unión Europea sobre el trabajo en plataformas digitales.

62. El Principio 6 se ocupa del fomento de salarios justos que ofrezcan un nivel de vida digno para las personas y de garantizar un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades de la persona trabajadora y de su familia, y que, a su vez, salvaguarde el acceso al empleo y no desestime la búsqueda activa de empleo. La acción concreta de la Comisión es una Propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos²⁹. Esta propuesta se enfoca en ofrecer ingresos suficientes para superar la pobreza de los trabajadores, y, sobre todo, de aquellos trabajadores que no están protegidos por salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Por tanto, el objetivo es garantizar que los trabajadores de la Unión tengan una protección y unos salarios mínimos que sean adecuados y que les permita vivir dignamente donde sea que trabajen. Por último, hace un llamamiento a los interlocutores sociales en esta materia.

63. El principio 7 establece el derecho de los trabajadores a ser informados por escrito al inicio de su empleo sobre todos los aspectos relacionaos con su contrato, incluso del periodo de prueba. El mismo derecho de información alcanza a las situaciones de despido, indicando el motivo y concediendo un

²⁷ Propuesta de Directiva por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento (Bruselas 4 de marzo de 2021 COM 2021 93 final. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/eu-action-equal-pay_es#pay-transparency

²⁸ 2000/43/CE Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025 (Bruselas 18 de septiembre de 2020, COM 2020 565 final).

²⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (Bruselas 28 de octubre de 2020, COM 2020, 682 final).

plazo razonable de preaviso. Luego, establece el acceso a una resolución de litigio efectiva e imparcial, y si el despido es declarado injustificado, recoge el derecho a ser reparado, incluida la indemnización. Hasta la fecha de diciembre de 2021 no existe un plan de acción dirigido a la ejecución de este principio.

64. El principio 8 indica el derecho de consulta de los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de las políticas sociales, económicas y de empleo. El derecho de información y consulta se despliega en aspectos como la transferencia, la reestructuración y fusión de empresas y los despidos colectivos. Este principio tampoco cuenta aún con un plan de acción.

65. El principio 9 trata sobre la conciliación de la vida profesional y personal y aborda derechos como los permisos, las condiciones de trabajo flexibles y los servicios de asistencia. El principio realiza un guiño a los estereotipos de género en cuanto señala que los hombres y las mujeres deben tener igualdad de acceso a estos permisos y a utilizarlos de forma equilibrada. En este aspecto se debe tener presente la retirada de la Directiva sobre licencia por maternidad, después de la cual, la Comisión decidió adoptar un enfoque más amplio para abordar la subrepresentación de las mujeres en el mercado laboral. Se orienta a que las personas con responsabilidades de cuidados equilibren mejor su vida laboral y familiar y fomenten un reparto equitativo de esas responsabilidades³⁰. El objetivo de fondo es modernizar el marco jurídico actual en el ámbito de las licencias familiares y las modalidades de trabajo flexible con la Directiva sobre conciliación de la vida personal y laboral para padres y cuidadores³¹.

66. El Principio 10 apuesta por entornos de trabajo saludables, con elevados niveles de protección y seguridad, y, además, que estén adaptados a sus necesidades profesionales, de modo que se les permita prolongar su participación en el mercado laboral. Como tema novedoso trata sobre el derecho a la protección de datos personales en el contexto del empleo. En esta dirección la próxima acción de la Comisión es el Nuevo marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo, y también una iniciativa para mejorar las condiciones de trabajo en las plataformas digitales.

67. El Capítulo III “Protección e inclusión social” se ordena en torno a diez principios.

68. El Principio 11 contempla el derecho de asistencia y apoyo a los niños con un Plan de Garantía Infantil Europea.

69. El Principio 12 garantiza la protección social con independencia del tipo y de la duración de la relación laboral, y en condiciones comparables entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia³².

70. El Principio 13 establece el derecho a prestaciones por desempleo adecuadas y de ayudas por parte de los servicios públicos de empleo para reintegrarse en el mercado laboral. Claro que observa que estas prestaciones tendrán que ser adecuadas y de duración razonable, pero que no deben desincentivar un retorno pronto al mercado laboral.

71. El Principio 14 se refiere al derecho a una renta mínima para toda persona que carezca de recursos suficientes. Esta renta se ordena en garantizar una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a los bienes y a los servicios de capacitación. Igualmente, para no desincentivar el retorno al mercado laboral, se aclara que estas prestaciones deben combinarse con incentivos a

³⁰ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1311&langId=en>

³¹ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y a la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DOUE 12 de julio de 2019).

³² El 8 de noviembre de 2019, el Consejo adoptó la Recomendación relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, que tiene por objeto suprimir las diferencias de cobertura formales garantizando que los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que trabajen en condiciones comparables puedan afiliarse a los sistemas de seguridad social que corresponda. Una de sus recomendaciones es facilitar la transferencia de los derechos de seguridad social de un empleo a otro empleo.

la reintegración en el mercado laboral (a través de los servicios sociales). Luego hay que tener presente la diversidad de regímenes en la Unión europea que actualmente han regulado la renta mínima. Aunque están en vigor en todos los Estados miembros, los regímenes de renta mínima varían significativamente en cuanto a su adecuación, cobertura, adopción y articulación con las medidas de activación del mercado laboral y los bienes y servicios de capacitación, incluidos los servicios sociales. En muchos casos, los criterios de admisibilidad y los niveles de prestaciones deberían modernizarse³³.

72. El Principio 15 determina el derecho de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones y que garantice una renta adecuada. Luego, hace referencia a la brecha de pensiones entre géneros y a la necesidad de combatirla. Las prestaciones deben ser de tal cantidad que permitan una vida digna en la vejez.

73. El Principio 16 se relaciona con el derecho a un acceso a la asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo, y de buena calidad.

74. El Principio 17 se ocupa de la inclusión de las personas con discapacidad. En esa inclusión es básico una renta que garantice una vida digna, servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades. La acción de la Comisión en esta materia es la Estrategia sobre los Derechos de las personas con discapacidad 2021-2030³⁴. Se basa en los resultados de la estrategia anterior y tiene en cuenta el universo de la discapacidad y los tipos de discapacidad considerando solo la discapacidad de larga duración, en consonancia con la Convención Internacional de Discapacidad del 2006. Se trata de un documento en el que se fijan las iniciativas y las acciones europeas en este ámbito, y en el que se exhorta a los Estados miembros a avanzar en esta senda, sin signo alguno de obligatoriedad.

75. El Principio 18 recoge el derecho de toda persona a cuidados de larga duración que sea asequibles y de buena calidad, y en particular, se centra en la asistencia a domicilio y en los servicios comunitarios.

76. El Principio 19 se fija en tres fines específicos. En proporcionar a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad, en asistir y proteger frente al desalojo forzoso a las personas vulnerables, y en facilitar a las personas sin hogar un alojamiento y unos servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social. Son temas de actualidad plena como la pobreza energética y el desalojo forzoso de las personas más vulnerables.

77. El Principio 20 aclama el derecho de toda persona a unos servicios esenciales de alta calidad, como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Además, se debe prestar el apoyo preciso a las personas necesitadas para el acceso a estos servicios. En tal aspecto hay que tener en cuenta que uno de los objetivos del Pilar es reducir la pobreza y la exclusión social, por tanto, es esencial garantizar la inclusión social y económica de las personas más vulnerables. Además, se pone de relieve que puede suponer una fuente importante de creación de empleo.

78. Tras las anotaciones de los veinte principios ordenados en los tres Capítulos se expone que el Plan de Acción del Pilar los convierte en acciones concretas y propone tres objetivos principales para que la Unión Europea los alcance en el horizonte de 2030. Estos tres objetivos ayudarán a dirigir las políticas y las reformas nacionales, y, además, cobran una importancia mayor en el contexto de la

³³ Recomendación del Consejo sobre renta mínima en 2022 para apoyar y complementar de forma eficaz las políticas de los Estados miembros.

³⁴ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1137&furtherNews=yes&newsId=9938>

pandemia³⁵.

79. El primer objetivo es emplear al menos al 78 % de personas de entre 20 y 64 años. En relación a éste se marcan otros fines como: (-) reducir, al menos a la mitad, la brecha de género, consiguiendo lo que se conoce como una tasa de empleo inclusiva (-) mejorar conciliación vida profesional y privada; (-) reducir la tasa de los jóvenes conocidos peyorativamente como ninis al 9% con políticas de mejoras de sus perspectivas laborales; (-) aumentar la participación en el mercado laboral de grupos subrepresentados, como son las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada, las personas que tienen una baja cualificación, las personas que viven en aldeas rurales, los migrantes, las minorías étnicas y las personas del colectivo LGBTIQ. Todas estas personas o colectivos comparten un factor común, son colectivos muy vulnerables a las fluctuaciones del mercado laboral y de los ciclos económicos.

80. El segundo objetivo es la participación, al menos el 60 % de adultos en actividades formación. Para conseguirlo se contemplan acciones de mejora de su empleabilidad, de innovación formativa, de igualdad social, de reducir la falta de las capacidades digitales. Se considera que todas ellas son las bases de unas capacidades básicas y transversales que apuestan por el reciclaje permanente en las organizaciones. Otro propósito importante se basa en la reducción del abandono escolar prematuro teniendo en cuenta la cifra cada vez mayor de jóvenes ninis³⁶.

81. El tercer objetivo es reducir las personas en riesgo de pobreza y de exclusión social en 15 millones y centrar la atención en los menores. Como se ha expuesto, las altas cifras de pobreza y de exclusión social alarmaron a las instituciones europeas a la hora de reactivar el modelo social europeo.

82. Pues bien, y como se anotó antes, el Pilar se ha diseñado como un faro que guíe a lograr una Europa Social fuerte y que determina el enfoque del nuevo “Código normativo social”.

83. El Código asume la responsabilidad y el compromiso político del Pilar Europeo, y considera que es la base que cimienta los principios y los derechos esenciales para el funcionamiento (correcto y justo) de los mercados laborales y de los Sistemas del bienestar en Europa. Igualmente, enuncia que una Europa social fuerte es la base de la prosperidad y del bienestar de los ciudadanos y de una economía competitiva.

84. El Nuevo Código prioriza a la población en la recuperación de una Europa en crisis y apuesta por lograr una convergencia social y económica más intensa. En esta senda, trata de enfrentar los desafíos demográficos, los avances tecnológicos, sociales y económicos a los que antes hicimos referencia. Igualmente, aboga por reforzar una transición digital, ecológica y justa.

85. El Código normativo social se forja en torno a las siguientes ideas: (-) la garantía de la solidaridad entre las generaciones basada en la prosperidad compartida y en el progreso social; (-) poner en el centro de la política el empleo, la igualdad y la protección social; (-) la apuesta por una educación inclusiva y de alta calidad, por formación, capacidad e innovación.

El fin es contar con una población activa innovadora y cualificada, lo que se conoce como Europa Digital; (-) la consecución de altos estándares en las condiciones laborales con puestos de trabajo que permitan una vida digna; (-) la ampliación de la protección social, sobre todo en tiempos de necesidad y formulando sistemas de protección social que sean sólidos; (-) la promesa de una economía social de

³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (Bruselas, 4.3.2021 COM (2021) 102 final {SWD (2021) 46 final}.

³⁶ Los objetivos sobre rendimiento y abandono escolar se basan en los establecidos en la Agenda de Capacidades Europea, la Recomendación del Consejo sobre la educación y formación profesionales (EFP)16 y la Resolución del Consejo sobre el Espacio Europeo de Educación.

mercado eficaz. En definitiva, el Código aspira a un modelo social y económico único que brinde oportunidades para todas las personas.

86. El Pilar Europeo de los Derechos Sociales es un marco de referencia para la Convergencia de Europa hacia ese código normativo social. Su valor sigue siendo de *soft law*, sin ser vinculante para los Estados. No obstante, existe y cuenta con su Plan de Acción para su implementación, y puede ser un elemento de presión política con el fin de diseñar una agenda de inversiones en el sector social. Un ejemplo de esta fuerza pueden ser los planes y las reformas nacionales que se están planteando en la actualidad³⁷. Además, el Pilar “aporta la matriz de referencia para que las prioridades sociales sean incluidas en los ejercicios de programación previstos por el Semestre Europeo, así como para examinar las transformaciones del empleo y sociales de los Estados miembros y promover las reformas nacionales que se requieran”³⁸.

87. Ahora bien, a pesar de lo loable de los enunciados anteriores, lo cierto es que la aplicación del Pilar Europeo depende de la determinación y de la toma de acción de los Estados miembros. Efectivamente, como hemos señalado los propios Estados son los responsables de las políticas sociales y de empleo, y es que, de forma generalizada, su logro es competencias nacionales. A pesar de todo, el rol de la Unión es complementar las acciones nacionales, o si se quiere, contribuir a que avance el Plan de Acción para en el año 2030 sea una realidad.

88. De forma reciente, en la Cumbre Social de Oporto celebrada en mayo de 2021 se insta a la aplicación dentro de sus ámbitos de sus respectivas competencias. Las partes reafirmaron su compromiso con objetivos del Plan de Acción del Pilar Europeo. En esta Cumbre se asumió la Adopción del Compromiso Social de Oporto por las instituciones y organizaciones, el Parlamento Europeo, jefes de Estado o de Gobierno de la Unión.

89. En suma, el papel de la Unión se limita, hasta la fecha, a respaldar con todos los instrumentos disponibles que tienen a su alcance, como ejemplo: (-) apoyo financiero, es decir, invirtiendo en una recuperación equitativa y en la doble transición ecológica y digital; (-) proporcionar orientaciones y facilitar la coordinación de las políticas económicas y sociales a través del Semestre Europeo; (-) hacer cumplir la legislación de la Unión Europea. Además, la Unión insta a que los Estados aprovechen los instrumentos existentes para acelerar la aplicación del Pilar³⁹.

90. La canalización de los recursos europeos se precisa en áreas como el empleo, la formación y la protección social, y en consonancia con los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Por tanto, junto con los objetivos consagrados en los principios del Pilar Europeo y el apoyo financiero de los fondos europeos se contribuye a la aplicación del Pilar, se potencia la cohesión y la convergencia en terrenos como el económico y el social dentro de la Unión. También es una guía en ese esfuerzo conjunto hacia una Europa social fuerte y hacia la consecución de un impacto sostenible⁴⁰.

³⁷ Con este apunte nos referimos a las políticas palanca y componentes sociales del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno Español de 16 de junio de 2021. De forma concreta se podría analizar la política palanca nº 8 “Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo”. Este eje se centra en reforzar el mercado laboral español para lograr el bienestar económico y social de los ciudadanos frente a las políticas de austeridad y de ajustes económicos que incrementan la desigualdad y merman la productividad. Esta política palanca apuesta por el diálogo social y por las reformas para corregir la dualidad laboral y los desequilibrios mediante dos componentes: Componente 22: Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión y Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo. Las iniciativas se insertan en el contexto del Semestre Europeo y alineados con las prioridades del Pilar Europeo de los Derechos Sociales.

³⁸ EuroSocial, El plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Una Europa social más fuerte para una recuperación y unas transiciones justas, 2021.

³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. COM/2021/102 final.

⁴⁰ Sobre ello https://ec.europa.eu/info/publications/adopted-mff-legal-acts_es; <https://ec.europa.eu/info/strategy/reco>

91. El apoyo financiero actual se centra sobre todo en: (-) el Fondo Plurianual 2021-2027 y Next Generation EU. Se trata de un nuevo instrumento financiero principal, englobado en Next Generation EU. Cuenta con un presupuesto de 672 500 millones de euros.

92. No cabe duda que los planes nacionales de recuperación y resiliencia suponen una oportunidad única para planear y financiar las inversiones y reformas que apoyan una recuperación social centrada en el empleo, a la vez que se adopta la transición ecológica y digital, y se ponen en práctica las recomendaciones pertinentes específicas para cada país en el marco del Semestre Europeo; Por su lado, el FSE + cuenta con una financiación de 88.000 millones de euros. Es muy celebrable que este fondo seguirá siendo el instrumento principal de la Unión para respaldar la aplicación del Pilar social y alcanzar los tres objetivos principales propuestos por la Unión⁴¹.

93. Con el mismo objetivo, el Parlamento aprobó una Resolución en el año 2019 en la que establece sus prioridades para una Europa Social fuerte con unas transiciones justas. La importancia de este instrumento descansa en que pide a los Estados miembros y a la Comisión, la integración del Pilar Europeo y de un protocolo de progreso social en los Tratados. Además, exhorta a la adopción de una ambiciosa Agenda Oporto 2030 con objetivos sociales vinculantes. Este sí que podría ser el modelo social que se estaba anhelando desde ciertos fueros⁴².

94. Por último, los siguientes pasos de la Unión se ordenan en: (-) presentar antes de final de 2022 un informe de un Grupo de Expertos de alto nivel para estudiar el futuro del Estado de bienestar, su financiación y las interconexiones con el cambiante mundo laboral; (-) poner en marcha antes del 2023 un programa denominado “Solución digital” que facilite la interacción entre ciudadanos móviles y autoridades nacionales, que mejore transferibilidad transfronteriza de derechos de seguridad social; (-) revisar en el 2025 el Plan de Acción como base para diseñar actuación de la UE con el fin de alcanzar los objetivos para 2030⁴³.

very-plan-europe_es#nextgenerationeu. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Recomendación del Consejo 2019/C 387/01, de 8 de noviembre de 2019.

⁴¹ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_es#documents.

⁴² https://ec.europa.eu/info/publications/adopted-mff-legal-acts_es. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es#nextgenerationeu. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Recomendación del Consejo 2019/C 387/01, de 8 de noviembre de 2019

⁴³ Plan de Acción Pilar Europeo Derechos Sociales. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_es#documents.

LA DIRECTIVA 93/13/CEE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU DESARROLLO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. APORTACIONES A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DISCIPLINA PROTECTORA Y CUESTIONES ABIERTAS

COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC ON UNFAIR TERMS AND ITS DEVELOPMENT BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. CONTRIBUTIONS TO THE CONSTRUCTION OF A PROTECTIVE DISCIPLINE AND OPEN QUESTIONS

MARTA CARBALLO FIDALGO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

Código ORCID: Código ORCID: 0000-0002-9242-6767

Recibido: 14.12.2021 / Aceptado: 11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6678>

Resumen: En el presente trabajo se analizan los aspectos esenciales del régimen europeo en materia de cláusulas abusivas, marcados por la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Se estudian, en particular, el ámbito de aplicación de la normativa, las nociones de cláusula abusiva y transparencia y los efectos ligados a la declaración de nulidad de una cláusula.

Palabras clave: consumidor, cláusula abusiva, transparencia, no vinculación.

Abstract: This paper analyses the essential aspects of the European regime on unfair terms, marked by the abundant jurisprudence of the Court of Justice in the interpretation of Directive 93/13/EEC. In particular, the scope of application of the regulation, the notions of unfair term and transparency and the consequences of the declaration of the unfair nature of a term are studied.

Keywords: consumer, unfair term, transparency, not-binding nature.

Sumario: I. Ámbito subjetivo de aplicación de la disciplina europea en materia de cláusulas abusivas. II. Ámbito objetivo de aplicación. 1. Las cláusulas no negociadas individualmente. 2. La exclusión de control de las cláusulas declarativas y de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. A) La interpretación del artículo 1.2 de la Directiva. B) La interpretación del artículo 4.1 de la Directiva. III. Criterios de determinación del carácter abusivo de una cláusula. 1. Buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. 2. La exigencia de redacción clara y comprensible: los artículos 4.2 y 5 de la Directiva. A) El alcance del deber de transparencia. B) Sanción por incumplimiento: transparencia y abusividad. IV. Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula. 1. Aportaciones del TJUE en torno al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas. 2. Consecuencias negociales de la declaración del carácter abusivo de una cláusula. A) La doctrina de la “no integración” y la excepcional entrada del derecho dispositivo en sustitución de la cláusula abusiva. B) Crítica a la doctrina de la “no integración”: moderación (de la cláusula) versus integración (del contrato). 3. Consecuencias económicas. La restitución al consumidor de las cantidades indebidamente percibidas por el empresario.

I. Ámbito subjetivo de aplicación de la disciplina europea en materia de cláusulas abusivas

1. El régimen establecido en la Directiva 93/13/CEE limita su ámbito de aplicación a los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, definido en el art. 2 b) como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

En el desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor (que excede del ámbito en estudio, al abarcar la totalidad del acervo comunitario en materia de consumo), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha insistido en la idea de que la calificación de la condición del contratante ha de realizarse valorando exclusivamente la finalidad objetiva del contrato (satisfacción de una necesidad de consumo privado), con independencia de cualquier condición o cualidad subjetiva del individuo, pues una misma persona puede actuar como consumidora en determinadas ocasiones y como empresaria en otras¹.

2. En consecuencia, resultan irrelevantes factores como el nivel de conocimientos o de información de que dispone realmente el contratante, sin que la especialización de una persona le excluya de protección, siempre que se acredite que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional². Cumplida tal premisa, resulta también irrelevante que el contrato sea realizado con el ánimo de obtener un lucro patrimonial, como ocurre con quienes invierten en valores negociables, con independencia de la importancia económica de las operaciones, del riesgo asumido o del comportamiento activo adoptado por el consumidor en su realización³. En tercer lugar, la centralidad de la finalidad del contrato controvertido explica que, en los contratos garantizados con fianza, el hecho de que el contrato principal sea suscrito por una sociedad no predetermine la condición de la persona física que se compromete a garantizar el cumplimiento de las deudas de aquella. A pesar de tratarse de contratos accesorios, el garante que actúa al margen de su actividad profesional, (normalmente, por razones de amistad o parentesco con el deudor principal), debe ser considerado un consumidor, salvo que mantenga vínculos funcionales con el deudor principal (como la gerencia de la sociedad deudora o una participación significativa en su capital social)⁴.

3. Ya desde un prisma temporal, la protección brindada por la Directiva al adquirente de un bien o servicio con finalidad privada no se limita al tiempo de vigencia del contrato, de ahí que pueda seguir siendo invocada por el contratante protegido tras el cumplimiento íntegro del mismo, que no le hace perder la condición de consumidor⁵.

4. Todavía en la delimitación positiva de la noción analizada, el TJUE ha sancionado que la subrogación de un profesional en la posición jurídica del consumidor, por efecto de una cesión de crédito (en el caso, cesión a una empresa de gestión de cobros de los derechos de reembolso correspondientes a un consumidor frente a una compañía aérea), no excluye la aplicación al contrato cedido del derecho de protección, que en el caso conducía a la nulidad de la cláusula de atribución de competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la compañía aérea⁶.

¹ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa/Dentalkit*, C-269/95, apartado 16; STJUE 3 septiembre 2015, *Costea*, C-110/14, apartado 20; STJUE 25 enero 2018, *Schrems*, C-498/16, apartado 39; STJUE 3 octubre 2019, *Petruchová*, C-208/18, apartado 41.

² SSTJUE *Costea*, apartado 21, a propósito de la condición de consumidor de la persona física que ejerce la abogacía y concierne un crédito garantizado con una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente a su bufete; *Schrems*, apartado 39, donde se considera aplicable el fuero del consumidor a un usuario de la red social Facebook, con cuenta y página abierta y registrada donde publicita sus actividades y libros, solicita donaciones y recaba la cesión de derechos de numerosos consumidores para su ejercicio ante los tribunales (véase C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en Internet: el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems V. Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 711-721; *Petruchová*, apartados 54 a 56, de nuevo sobre la aplicación del fuero del consumidor a la persona física que efectúa operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje.

³ STJUE *Petruchová*, apartados 57, 59 y 78.

⁴ ATJUE 19 noviembre 2015, *Tarcău*, C-74/15, apartado 30.

⁵ STJUE 9 julio 2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18, apartados 69 a 74, donde el tribunal apunta que la situación de inferioridad del consumidor – fundamento del sistema de protección - no se ve retroactivamente alterada por el cumplimiento del contrato, razón por la que tal protección no puede ser circunscrita al tiempo de su vigencia (apartados 71 a 74).

⁶ STJUE 18 noviembre 2020, *Ryanair DAC contra DelayFix*, C-519/19, apartado 63.

5. En sentido inverso, el TJUE ha entendido que cualquier relación, directa o indirecta, del contrato con la actividad profesional del contratante excluye la aplicación de la normativa protectora, sin perjuicio de que, en los supuestos en que un contrato tenga una doble finalidad profesional y privada (contratos de finalidad mixta), la condición de consumidor no se pierda cuando el destino profesional pueda ser considerado marginal y, por tanto, solo juegue un papel insignificante o residual en el contexto de la operación global⁷. Por el contrario, cuando la finalidad profesional no es irrelevante, se excluye la condición de consumidor del contratante, aunque tal destino no sea actual, bastando que la adquisición del bien o el servicio se vincule al desarrollo de una profesión futura, como sucede en el supuesto de suscripción de un contrato de crédito destinado a la apertura de un negocio⁸.

6. Como criterio de cierre, el TJUE ha declarado que, de conformidad con el principio de efectividad del derecho comunitario, el juez nacional debe comprobar de oficio si el adquirente de un bien puede tener la condición de consumidor, aunque este no lo haya alegado expresamente y siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración⁹.

II. Ámbito objetivo de aplicación

1. Las cláusulas no negociadas individualmente

7. Desde una perspectiva objetiva, el ámbito de aplicación de la disciplina en materia de cláusulas abusivas viene dado por “*las cláusulas no negociadas individualmente*”, entendiéndose por tales las cláusulas contractuales redactadas previamente e impuestas al consumidor, quien no ha podido influir sobre su contenido (artículo 3.2.1 de la Directiva).

Se excluyen así de control las cláusulas objeto de negociación, correspondiendo al profesional que afirme el carácter negociado de una cláusula la carga de la prueba, sin que el hecho de que el consumidor haya podido influir en el contenido de determinados aspectos de una cláusula contractual o en una estipulación aislada impida la aplicación de la directiva al resto del clausulado (art. 3.2, apartados 2 y 3).

8. A efectos de prueba del carácter negociado de una cláusula, carecen de valor las declaraciones, insertas en el propio modelo contractual, por las que el consumidor reconoce la existencia de tal negociación. Tales declaraciones, destinadas a eludir la aplicación de la disciplina protectora, deben considerarse en sí mismas abusivas, al traducirse en una inversión de la carga de la prueba del carácter no negociado de la cláusula, que pasará a gravar al consumidor en contravención de la legislación aplicable (Anexo.1.q), que incluye este género de cláusulas entre las “indiciariamente” abusivas).

9. En la sentencia *Constructora Principado S.A.*, recaída en materia de compraventa de inmueble, el TJUE declaró que el carácter negociado de la cláusula por la que el consumidor asumía el pago

⁷ STJCE 20 enero 2005, *Gruber*, C-464/01, apartado 39, que descarta la protección como consumidora de la persona que contrata el retejado de una granja, destinada a vivienda familiar en un 60% de su superficie. En sentido análogo, STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C-630/17, apartado 94, a propósito de la persona que contrata la realización de obras de renovación en el bien inmueble en que tiene su domicilio, con el fin de prestar en una parte de él servicios de alojamiento turístico. En la doctrina, B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: *Milivojević*”, *La Ley Unión Europea*, nº 71, 30 de junio de 2019, pp. 4 a 9.

⁸ SSTJUE *Benincasa/Dentalkit*, apartado 17, que niega la condición de consumidor a la persona que concierne un contrato de franquicia para el ejercicio de una actividad profesional futura; *Schrems*, apartado 37; *Milivojević*, C-630/17, 14.2.2019, apartado 89; sentencia *Petruchová*, apartado 43.

⁹ STJUE 4 junio 2015, *Faber*, C-497/13, apartado 46, sobre la aplicabilidad del régimen de responsabilidad por falta de conformidad previsto en la Directiva 1999/44 a los defectos padecidos por un vehículo adquirido en un contrato calificado en el formulario preimpreso utilizado por la empresa como “contrato de venta a particular” y utilizado por la compradora para trasladarse a una reunión de negocios.

del impuesto de plusvalía no podía entenderse probado por el hecho de que la propia cláusula incluyese una declaración, igualmente no negociada, por la que se hacía constar que la asunción del impuesto por el consumidor se había tenido en cuenta para determinar el precio del inmueble vendido¹⁰. De modo análogo, en la sentencia *Ibercaja Banco* la corte europea ha sancionado que la circunstancia de que el contrato incluya antes de la firma una mención, escrita del puño y letra del consumidor, por la que indica que comprende el mecanismo de funcionamiento de una cláusula, no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir sobre su contenido¹¹.

2. La exclusión de control de las cláusulas declarativas y de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato

10. Si el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se identifica con la cláusula no negociada individualmente en el sentido visto, lo cierto es que la propia norma excluye del control de abusividad dos tipos de cláusulas.

De conformidad con el art. 1.2, no están sometidas a las disposiciones de la Directiva “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte”.

A la exclusión comentada se añade la previsión contenida en el artículo 4.2, conforme al cual “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

11. El TJUE ha establecido que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la calificación de cláusulas supuestamente abusivas en función de las circunstancias específicas del caso concreto, sin perjuicio de la competencia del juez comunitario para deducir de los arts. 1.2 y 4.2 de la Directiva los criterios que aquel debe aplicar al llevar a cabo dicha calificación, dada la necesidad de que sean objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme¹². En ejercicio de tal competencia, el TJUE ha ido perfilando los contornos de las exclusiones a través de un amplio número de pronunciamientos, presididos por una idea o principio común: la preceptiva interpretación estricta de ambos preceptos, en la medida en que constituyen sendas excepciones al mecanismo de control establecido¹³.

¹⁰ STJUE 16 enero 2014, *Constructora Principado*, C-226/12.

¹¹ STJUE 9 julio 2020, *Ibercaja Banco*, C-452/18, apartados 38 y 39, a propósito de la sujeción a control del contrato de novación celebrado entre un profesional y un consumidor, destinado a modificar una cláusula no negociada y potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos (cláusula suelo inserta en un crédito hipotecario). Para la corte, la conclusión apuntada en el texto se ve reforzada por la circunstancia de que la celebración del contrato de novación se enmarca dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por la entidad bancaria prestamista a raíz de la declaración de abusividad de tales cláusulas por el Tribunal Supremo español (apartado 36). En palabras de S. CÁMARA LAPUENTE, la sentencia analizada da la “puntilla definitiva” al valor probatorio de las manifestaciones manuscritas (“La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho* [blog], 10.7.2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>).

¹² STJUE, 30 abril 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 45; STJUE 10 septiembre 2014, *Kušionová*, C-34/13, apartados 79-80; STJUE 26 febrero 2015, *Matei*, C-143/13, apartado 50; STJUE 23 abril 2015, *Van Hove*, C-96/14, apartado 28; STJUE 20 septiembre 2017, *Andriiciuc y otros*, C-186/16, apartados 22, 30, 32 y 34; STJUE 3 octubre 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, apartado 33; STJUE 10 junio 2021, *BNP Paribas Personal Finance (I)*, C-609/19, apartados 26 y 30.

¹³ Entre otras, SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 42; *Kušionová*, apartado 77; *Matei*, apartado 49; *Van Hove*, apartado 31; *Andriiciuc y otros*, apartados 31 y 34; STJUE 20 septiembre 2018, *OTP Bank y OTP Factoring*, C-51/17, apartado 54; STJUE 3 de marzo 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, apartado 30; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 28.

A) La interpretación del artículo 1.2 de la Directiva

12. La primera de las exclusiones apuntadas, contenida en el art. 1.2 de la Directiva, ha de ser leída a la luz del Considerando 13 de la norma que, además de justificar la exclusión en la licitud presunta de las cláusulas que incorporan normas vigentes, aporta una interpretación auténtica del sentido que ha de darse a la expresión “imperativas”, comprensiva también de las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.

De la jurisprudencia del TJUE recaída en aplicación de la norma analizada se desprende que están exentas de control las cláusulas, negociadas o no, que reúnan dos presupuestos.

13. De una parte, han de reproducir efectivamente disposiciones legales, reglamentarias o convencionales vigentes aplicables al tipo contractual en causa, y no a otro distinto. Para la corte europea, cuando las disposiciones nacionales regulan una categoría determinada de contrato, es legítimo presumir que el legislador ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en la concreta relación comercial contemplada, de ahí que la exención de control no pueda operar cuando alguna de las condiciones generales normativamente previstas se aplica a una categoría distinta de contrato¹⁴.

14. De otra, es preciso que la cláusula contractual refleje una disposición legal o reglamentaria que deba ser aplicada al contrato, ya imperativamente, con independencia de la elección de los contratantes, ya con carácter supletorio, para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa¹⁵. Y ello aun cuando la norma sea de redacción posterior a la celebración del contrato, si ha de aplicarse retroactivamente al mismo¹⁶. En consecuencia, ha de descartarse que estén exentas de control las cláusulas que sólo en virtud de pacto expreso se incorporan al contrato, aun cuando sean contempladas por la normativa interna a efectos diversos. Puede pensarse aquí en dos grupos de cláusulas.

15. En primer término se situarían las cláusulas que reproducen una opción otorgada por la ley a las partes (ya se trate del otorgamiento de una facultad o de la imposición de un deber o carga), de modo que solo en la medida en que la integren voluntariamente al contrato resultan vinculadas por ella. Se trata de normas calificadas por la doctrina como “concesivas”¹⁷ o de “opción abierta”¹⁸, que en modo alguno se imponen a las partes ni operan con carácter dispositivo supletorio, pues traen causa exclusivamente de su voluntad. Sirva como ejemplo la cláusula controvertida en el asunto resuelto por la sentencia *Gómez del Moral Guasch* que, en el marco de un préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y un profesional, estipulaba como tipo de interés ordinario aplicable el basado en uno de los índices de referencia oficiales que las entidades de crédito podían aplicar opcionalmente a los préstamos hipotecarios. Para el TJUE, la cláusula está incontestablemente incluida en el ámbito de aplicación de la

¹⁴ STJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartados 26-30.

¹⁵ SSTJUE 30 abril 2014, *Barclays Bank*, 280/13, apartado 42; *Kušionová*, apartados 78-80; STJUE 23 octubre 2014, *Schulz*, C-359/11 y C-400/11, apartados 78-79; *Andrić* y otros, apartados 28-30. Sobre la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las cláusulas que reproducen disposiciones nacionales de carácter supletorio, véase especialmente la STJUE 9 julio 2020, *Banca Transilvania*, C-81/19, apartados 23 a 37, a propósito de la cláusula que ordena la devolución por el consumidor de la cantidad prestada en la misma moneda en que fue concedido el préstamo, previsión coincidente con lo dispuesto en el art. 1578 del Código civil rumano, aplicable al contrato de préstamo dinerario en defecto de pacto. Véase, asimismo, la sentencia *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 24-25, a propósito de la cláusula que, nuevamente en el marco de un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera, prevé la imputación prioritaria de los pagos fraccionados a los intereses, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1343-1 del Código civil francés, aplicable en defecto de pacto.

¹⁶ STJUE *OTP Bank y OTP Faktoring*, apartado 70.

¹⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2017, vol. 9, pp. 218-219.

¹⁸ A. AGÜERO ORTIZ, “El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos. El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020”, *Indret*, nº 4, 2020 p. 70. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1590.pdf>

Directiva, al reflejar un índice legal de carácter opcional, cuya aplicación no es impuesta por la normativa nacional, ni de modo imperativo con independencia de la elección de las partes en el contrato ni con carácter supletorio en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa¹⁹.

16. En segundo lugar, el TJUE ha sostenido la sujeción a la Directiva de las cláusulas no negociadas individualmente que reproducen una norma nacional destinada a limitar imperativamente el posible beneficio del empresario derivado del pacto. Puede pensarse ahora en la norma que limita a un tipo máximo los intereses moratorios pactados en el marco de un préstamo garantizado con hipoteca constituida sobre la vivienda del prestatario. Es obvio que la cláusula que supere este umbral es automáticamente nula, pero, para el TJUE, la cláusula que lo respete no es necesariamente válida, y su eventual carácter abusivo debe ser en todo caso valorado por el tribunal nacional, a la luz de los criterios establecidos en el art. 3.1 de la Directiva, que se tratarán más adelante. Aun cuando tales cláusulas gocen de cierta “presunción de licitud”, la norma legal no ha de ser parámetro directo de validez, que puede ser desmentida mediante la utilización ponderada de los demás criterios rectores de su evaluación²⁰.

B) La interpretación del artículo 4.1 de la Directiva

17. La segunda de las exclusiones del ámbito de control de abusividad establecidas en la Directiva afecta a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, que el art. 4.2 identifica con las cláusulas relativas al “objeto principal del contrato” y a la «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra».

Al igual que en materia de cláusulas declarativas, el TJUE mantiene una interpretación restrictiva de la norma, aplicada a las dos categorías de cláusulas que recoge.

18. En primer término, el tribunal ha precisado que las cláusulas incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” se corresponden con aquellas que regulan las prestaciones esenciales y que, como tales, lo caracterizan, lo que obliga a discernirlas de las cláusulas de carácter accesorio en relación con las definitorias de la esencia misma de la relación contractual, sujetas a control²¹. La labor concreta de disección entre cláusulas nucleares y accesorias compete al juez nacional, quien, a la luz del criterio restrictivo indicado, habrá de apreciar si una cláusula constituye o no un componente esencial de la prestación a cargo del consumidor o el profesional, atendiendo a la naturaleza, sistema general y estipulaciones del contrato litigioso, valorado en su contexto jurídico y de hecho²².

19. Con idéntico carácter restrictivo, el TJUE ha considerado que la segunda categoría de cláusulas exentas de control conforme al art. 4.2 de la Directiva tan solo abarca la estricta adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. En consecuencia, el tribunal ha precisado que las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen a la segunda categoría de cláusulas

¹⁹ STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartados 28 a 37. Un juicio positivo de la sentencia puede verse en A. AGÜERO ORTIZ, “El control de transparencia...”, *cit.*, pp. 69-71.

²⁰ STJUE 21 enero 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, apartados 36 a 40; ATJUE 8 julio 2015, *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14, apartados 27 a 30; ATJUE 17 marzo 2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15, apartados 29 a 33, todas ellas recaídas en interpretación del alcance del antiguo art. 114.3 de la Ley Hipotecaria española, que a la sazón limitaba los intereses moratorios pactados en un préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda a un máximo de tres veces el interés legal del dinero.

²¹ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 49-50; *Matei*, apartados 53-54; *Van Hove*, apartado 33; *Andriciuc y otros*, apartados 35-36; *Kiss y CIB Bank*, apartado 32; STJUE 17 marzo 2016, *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartado 62; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 29.

²² SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 51; *Matei*, apartados 53-54; *Kiss y CIB Bank*, apartado 33; *Caixabank*, apartado 63; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 30.

descrita en la norma, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista²³.

20. El reconocimiento por el TJUE de la existencia de cláusulas relativas a la retribución o “con incidencia” sobre el precio que deben sujetarse a control corrobora el criterio sostenido por la Comisión Europea hace ya dos décadas, en que reputó comprendidas en el ámbito de la Directiva las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio²⁴. En congruencia con tal criterio, la corte europea ha declarado que no puede aplicarse la exclusión del art. 4.2 a la cláusula que, en el marco de un contrato de telefonía, atribuye al prestador del servicio la facultad de modificar los gastos a cargo del consumidor²⁵ ni a la que, en un contrato de préstamo, permite la modificación unilateral por el prestamista del tipo de interés aplicable, cuando su carácter abusivo no se invoca por una supuesta inadecuación entre el nivel del tipo de interés modificado y cualesquiera de las contrapartidas proporcionadas a cambio de tal modificación, sino por las condiciones y los criterios que permiten al prestamista alterar el tipo estipulado²⁶. En sentido análogo, el tribunal ha excluido de la categoría analizada la cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que es desembolsado y debe ser devuelto por el consumidor en moneda nacional, prevé la utilización del tipo de cotización de venta de la divisa extranjera para el cálculo de las cuotas de devolución, mientras que el importe del préstamo entregado se determina en aplicación del tipo de cotización de compra de la divisa. Para el tribunal, la asimetría entre los tipos de cotización empleados, que provoca un incremento artificioso del coste del crédito, no constituye una “retribución” a cargo del consumidor, cuya adecuación al servicio prestado deba reputarse exenta de control²⁷.

21. A la luz de la doctrina apuntada, resulta cuestionable que el TJUE haya aceptado la inclusión en el art. 4.2 de la Directiva de determinadas cláusulas que, nuevamente en el contexto de contratos de préstamo, establecen mecanismos de cálculo de las cuotas de reembolso de la cantidad prestada que incorporan elementos ajenos a la adecuación calidad/precio y cuya esencialidad queda en entredicho desde el momento en que su supresión no impide la subsistencia del contrato. Así sucede, por ejemplo, con las cláusulas que, en el marco de un préstamo concertado a interés variable, fijan un tipo remuneratorio mínimo, por debajo del cual cualquier descenso del tipo de referencia será completamente irrelevante (cláusulas suelo)²⁸ o las cláusulas que, al establecer el método de cálculo de los intereses ordinarios del crédito, incorporan una fórmula financiera para obtener, a partir del tipo de interés nominal anual, el

²³ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 54-55; *Matei*, apartados 55-56; *Kiss y CIB Bank*, apartados 34-35; *Caixa-bank*, apartado 65.

²⁴ Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM (2000) 248 final, 27.04.2000, pp. 15-16. En la doctrina, WILHELMSSON, THOMAS, « The scope of the directive : non-negotiated terms in consumer contracts. Article 1(1), 3(1), 4(2) », en *The “Unfair Terms Directive, 5 years on. Evaluation and future perspectives*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, pp. 95-96. El criterio se reitera en la Comunicación de la Comisión *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores* (2019/C 323/04), 27.9.2019, p. 21 (en adelante, Informe Comisión 2019).

²⁵ STJUE 24 abril 2012, *Invitel*, C-472/10, apartado 23.

²⁶ STJUE *Matei*, apartado 63.

²⁷ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 53 a 59. Sobre las conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto, esencialmente aceptadas por el Tribunal, véase J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato”, en: Almacén de Derecho [blog], 12.2.2014. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>. La inaplicación de la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva a las cláusulas que, en el marco de los créditos denominados en moneda extranjera y reembolsables en moneda nacional, determinan el tipo de conversión de la divisa a efectos del cálculo de las cuotas de devolución, se reitera en la sentencia *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 32. En la doctrina, J. D. PELLIER, “Suite et fin de la saga des prêts libellés en francs suisses ? CJUE 10 juin 2021, aff. C-609/19”, *Dalloz Actualité*, 9.7.2021.

²⁸ STJUE 21 diciembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 48 a 51. Una crítica a su tratamiento como cláusulas definitivas de los elementos esenciales del préstamo puede verse en S. CÁMARA LAPUENTE, “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, en *Indret*, nº 1, 2017, pp. 24-25. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>

importe de los intereses devengados en cada período de liquidación, precisando que, para el cálculo de tal interés, “se entenderá que el año tiene 360 días»²⁹.

22. Desde un prisma diverso, la determinación del alcance de la exclusión de las cláusulas definitivas de la relación precio/servicio, en términos de adecuación, exige advertir que no todos los elementos de la retribución a cargo del consumidor remuneran la prestación característica del profesional. Así, sin perjuicio de la comprobación que debe hacer el juez nacional, el TJUE descarta, en principio, que se incluyan en el art. 4.2 de la Directiva las cláusulas que, en el marco de un préstamo hipotecario, imponen al consumidor el pago de una *comisión por riesgo*, cuando de los elementos concurrentes se desprende que tal riesgo está ya cubierto con una hipoteca y cuando el banco, a cambio de dicha comisión, no presta ningún servicio real que redunde en beneficio del consumidor y del que la comisión pueda ser contrapartida³⁰.

23. Con idéntico respeto a la decisión última del órgano jurisdiccional nacional y de nuevo en el ámbito del contrato de préstamo hipotecario, el TJUE ha sancionado, con carácter orientativo, que el alcance exacto de los conceptos de “objeto principal” y de “precio” no puede establecerse mediante el concepto de “coste total del crédito para el consumidor”, de ahí que las cláusulas que establecen el pago de una comisión ligada a los gastos de preparación, estudio, concesión y tramitación del crédito (conocidas en España como comisiones *de apertura*), no puedan considerarse una prestación esencial del préstamo hipotecario *por el mero hecho* de que tal comisión esté incluida en el coste total de este³¹.

III. Criterios de determinación del carácter abusivo de una cláusula

1. Buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes

24. En el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE resulta central la noción de cláusula abusiva, contenida en el art. 3.1, a cuyo tenor “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Junto a esta definición general, la Directiva recoge en su Anexo una lista “indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas” (art. 3.3), integrada por un total de 17 tipos de cláusulas que presentan claros indicios de abusividad. El carácter indicativo de la lista implica que, en el ámbito de la Directiva, las cláusulas incluidas no hayan de ser necesariamente abusivas, mientras que su carácter “ejemplificativo” deja abierto el posible juicio de nulidad de una cláusula no comprendida en el Anexo, que puede ser abusiva a la luz de la disposición general. Ello no obstante, los Estados miembros pueden endurecer el sentido de la lista, incrementando el elenco de cláusulas o estableciendo presunciones irrefragables de abusividad, a fin de reforzar la defensa del consumidor, en ejercicio de la facultad que les es conferida por los arts. 8 y 8 bis de la Directiva.

25. Centrándonos en la noción general, del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se desprende que el eventual carácter abusivo de una cláusula ha de medirse en atención a un doble parámetro: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor. Como criterios de apreciación complementarios, el art. 4.1 enumera la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes a su celebración,

²⁹ STJUE 26 enero 2017, *Primus*, C-421/14, apartados 64 y 65. En sentido crítico con el fallo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cuando los años tienen 360 días”, *Almacén de Derecho [blog]*, 26.1.2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cuando-los-anos-tienen-360-dias>; F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 39.

³⁰ STJUE *Matei*, apartados 70-71.

³¹ SSTJUE *Caixabank*, apartados 64 y 71. Con anterioridad, *Kiss* y *CIB Bank*, apartado 35, a propósito de la comisión de desembolso y gastos de gestión del crédito repercutidos al consumidor.

las demás cláusulas contractuales y los eventuales contratos conexos. El elenco no es taxativo, y el TJUE ha admitido la ponderación por el juez de criterios tales como la utilización por el empresario de prácticas comerciales desleales³² o la falta de transparencia en la información precontractual y la presentación y redacción de las cláusulas no negociadas, criterio sobre el que se volverá más adelante.

26. La determinación del alcance de los conceptos de “buena fe” y “desequilibrio significativo”, como elementos que de manera abstracta confieren carácter abusivo a una cláusula, corresponde al TJUE como máximo intérprete del derecho de la Unión³³, quien en ejercicio de su competencia los definió por vez primera en la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, cuyos pronunciamientos se han reiterado en sentencias posteriores.

27. En primer término, y a efectos de determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes, el tribunal ordena la valoración de las normas aplicables en el ordenamiento de referencia en defecto de pacto, a fin de apreciar “si - y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente”³⁴. Tal menoscabo puede consistir, ya en una restricción de los derechos que, conforme a la norma dispositiva, le confiere dicho contrato, ya en una obstaculización a su ejercicio o en la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista en las normas nacionales³⁵. Sea como fuere, el desequilibrio definitorio de la cláusula abusiva no es económico, sino puramente normativo, y exige expulsar de la reglamentación negocial el clausulado que aleja sensiblemente al consumidor de los efectos normales del contrato queridos por el ordenamiento³⁶.

28. El TJUE ha precisado también que, en la apreciación del desequilibrio generado por una concreta cláusula, el juez nacional ha de ponderar, de conformidad con el art. 4.1, la incidencia que sobre la posición contractual del consumidor ejercen todas las cláusulas restantes, y ello con independencia de que hayan sido o no efectivamente utilizadas por el profesional predisponente. Así, cuando en un contrato de crédito al consumo se establecen hasta cuatro penalizaciones diversas para el supuesto de retraso del consumidor en el cumplimiento de su deber de restitución de las cantidades debidas, la apreciación de la desproporcionalidad de la indemnización pactada exige evaluar el efecto cumulativo de todas las cláusulas penales previstas, aun cuando el empresario se haya limitado en la práctica a exigir una de ellas³⁷.

29. Ya en lo que se refiere a la buena fe del predisponente como criterio de ponderación de la abusividad de una cláusula, el TJUE ordena al juez nacional comprobar “si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”³⁸. A efectos de tal comprobación, y de nuevo conforme al art. 4.1 de la Directiva, ha de ponderar las circunstancias concurrentes al tiempo de cele-

³² STJUE 15 marzo 2012, *Perenicová y Perenic*, C-453/10, a propósito de la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real. Para la corte, tal práctica conforma un elemento que puede ser valorado en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas y, en definitiva, en el juicio de validez del contrato en su conjunto, sin que tal determinación haya de ser sin embargo automática (apartados 43 a 47). La doctrina es reiterada en la STJUE 10 junio 2021 *BNP Paribas Personal Finance (II)*, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, apartado 76, a propósito de la utilización por el profesional de una práctica comercial engañosa, consistente en no informar sobre el riesgo de tipo de cambio en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera.

³³ STJCE 1 abril 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, apartado 22; STJCE 4 junio 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, apartado 42; STJUE 9 noviembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, apartados 43-44; *Invitel*, apartado 22; STJUE 14 marzo 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 66; *Kušionová*, apartado 73; *Constructora Principado*, apartado 20; *Banco Primus*, C-421/14, 26.1.2017, apartado 57; *Kiss y CIB Bank*, apartado 47; *Ibercaja Banco*, apartados 61 y 62; *Caixabank*, apartado 73; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 92.

³⁴ SSTJUE *Aziz*, apartado 68; *Constructora Principado*, apartado 21; *Primus*, apartado 59.

³⁵ SSTJUE *Constructora Principado*, apartado 23; *Kiss y CIB Bank*, apartado 51 y *Caixabank*, apartado 75.

³⁶ SSTJUE *Constructora Principado*, apartado 22; *Banco Primus*, apartados 58-59; *Kiss y CIB Bank*, apartado 51.

³⁷ STJUE 21 abril 2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14, apartados 94 y 95.

³⁸ Entre muchas otras, SSTJUE *Aziz*, apartados 69 y 76; *Banco Primus*, apartado 60; *Andriiciuc y otros*, apartado 57; *Caixabank*, apartado 74.

bración del contrato, prestando especial atención a “la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes”³⁹ y teniendo presente cuantos factores pudiese conocer el profesional, con potencial incidencia sobre la ulterior ejecución del contrato⁴⁰. En cualquier caso, la centralidad del tiempo en que este se celebra determina la irrelevancia del comportamiento observado por el profesional durante su ejecución – señaladamente, en el momento de reclamar su cumplimiento-, que no puede ser definitorio de la validez o nulidad de la cláusula en cuyo ejercicio se apoya. El carácter intrínsecamente abusivo de una cláusula no puede verse purgado por el hecho de que el empresario, al tiempo de aplicarla, intente reducir su pretensión a los límites permitidos por la normativa vigente en tal momento.

Así lo ha entendido el TJUE, al sancionar que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula que prevé el vencimiento anticipado del crédito por impago de una sola cuota no queda excluida por el hecho de que el empresario espere a que se produzca un número importante de impagos para dar por vencido el préstamo⁴¹.

2. La exigencia de redacción clara y comprensible: los artículos 4.2 y 5 de la Directiva

A) El alcance del deber de transparencia

30. De conformidad con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, en el caso de contratos en que todas o algunas de las cláusulas propuestas al consumidor consten por escrito, estas “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”, a lo que el precepto añade que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En su simplicidad, la norma regula una cuestión de especial relevancia en la defensa de la posición contractual del consumidor: la necesidad de transparencia en la redacción de las condiciones a que se somete, como presupuesto para su conocimiento real y, por tanto, para la emisión de un consentimiento consciente y válido.

La exigencia de transparencia se extiende expresamente a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, que sólo están exentas de control de abusividad en la medida en que se redacten “de modo claro y comprensible” (artículo 4.2), de forma que la cláusula oscura, si no puede salvar su validez por vía de interpretación favorable al consumidor, podrá ser reputada abusiva, en los términos del art. 3.1 de la Directiva.

31. El TJUE ha mantenido una interpretación estricta del requisito de transparencia, desarrollada especialmente en materia de cláusulas definitorias de los elementos esenciales, pero aplicable, en criterio del propio tribunal, a toda clase de cláusulas no negociadas⁴². Para la corte, la exigencia de redacción clara y comprensible debe interpretarse de manera extensiva, de modo que no basta con su legibilidad física y su corrección y comprensibilidad formal y gramatical, sino que es preciso que el contrato exponga de modo transparente las razones económicas subyacentes a la aplicación de la cláusula, su modo de funcionamiento y su relación con otras cláusulas del contrato, de suerte que el consumidor esté en condiciones de evaluar, sobre el fundamento de criterios precisos e inteligibles, los riesgos que asume y las consecuencias económicas que se derivan para él⁴³.

³⁹ Considerando 16 de la Directiva, que aconseja valorar si el consumidor ha sido inducido de algún modo a aceptar la cláusula y si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor. En la jurisprudencia, STJUE *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 97.

⁴⁰ SSTJUE *Andriuc y otros*, apartados 54 a 58; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 97.

⁴¹ ATJUE 11 junio 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, apartados 50, 53 y 54, donde el tribunal afirma que la circunstancia de que una cláusula no llegue a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas de su carácter abusivo. La doctrina del tribunal se reitera en la sentencia *Banco Primus*, apartado 73.

⁴² SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 67 a 69; *Matei*, apartado 73; *Gutiérrez Naranjo*, apartado 49; *Kiss y CIB Bank*, apartado 36; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 46; *Caixabank*, apartado 66; *BNP Paribas Personal Finance (I)*. Una crítica a la equiparación del nivel de transparencia exigible a toda clase de cláusulas puede verse en F. PANTALEÓN PRIETO, “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)”, *Almacén de Derecho [blog]*, 20.9.2020. Disponible en: <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/about/submissions#authorGuidelines>

⁴³ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 70 a 73, a propósito de las cláusulas definitorias del deber de reembolso del

32. En el examen del cumplimiento del deber de transparencia (cuya prueba debe gravar al empresario, por imposición del principio de efectividad del derecho comunitario)⁴⁴, el órgano jurisdiccional ha de valorar todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentra la publicidad y la información ofrecidas por el profesional en el marco de la negociación del contrato, teniendo presente el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁴⁵.

Desde una perspectiva temporal, la apreciación de la observancia por el profesional de los requisitos de transparencia e información ha de llevarse a cabo tomando como referencia los elementos de que dispone en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor. En consecuencia, el juzgador habrá de valorar el conjunto de circunstancias que el profesional, teniendo en cuenta su experiencia, podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato⁴⁶. Aun cuando no pueda exigirse al profesional conocer lo que no ha sucedido aún⁴⁷, el TJUE considera *especialmente pertinente*, a efectos de valorar el cumplimiento de los requisitos de transparencia y buena fe, la información suministrada sobre el comportamiento pasado de cláusulas equivalentes a la enjuiciada, en la medida en que tal información contribuye a que el consumidor tenga una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que pueden derivar de su aplicación⁴⁸. En sentido análogo, el tribunal valora la pertinencia de que la información incluya simulacros de comportamiento de las cláusulas potencialmente dañosas, en función de cambios previsibles de los elementos que las conforman⁴⁹.

capital prestado, en el marco de un préstamo denominado en moneda extranjera. La doctrina se reitera en las SSTJUE *Matei*, apartados 74-75; *Andriciuc y otros*, apartados 44-45; *OTP Bank y OTP Faktoring*, apartados 73 y 78; *Kiss y CIB Bank*, apartado 37; *Ibercaja Banco*, apartados 44 y 45; *Gómez del Moral Guasch*, apartados 50, 51 y 56; *Caixabank*, apartado 67; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 42 a 44; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 62 a 65 y 78.

⁴⁴ STJUE *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 85 a 89.

⁴⁵ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 74; *Matei*, apartado 75; *Andriciuc y otros*, apartados 46-47; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 52; *Ibercaja Banco*, apartado 46; *Caixabank*, apartados 68 y 70; *BNP Paribas Personal Finance (I)* apartados 45-46; *BNP Paribas Personal Finance (II)* apartado 66, donde postula la valoración de la información suministrada “no solo por el propio prestamista, sino también por cualquier otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos de que se trata”. Sobre los criterios ponderables en la apreciación de la transparencia de una cláusula, Informe Comisión 2019, pp. 22 a 24.

⁴⁶ STJUE *Andriciuc y otros*, C-186/16, apartados 54-56, a propósito de la información relativa a las posibles variaciones de los tipos de cambio y de los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. En el mismo ámbito, *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 67.

⁴⁷ STJUE *Ibercaja Banco*, donde, tras reiterar la doctrina citada en la nota anterior (apartado 48), afirma que “no es posible exigir al prestamista información precisa sobre las variaciones que experimentará el tipo de referencia del préstamo durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional” (apartado 52).

⁴⁸ STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 54, a propósito de la pertinencia de informar al consumidor sobre las fluctuaciones experimentadas en los dos años naturales anteriores por el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses ordinarios en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, lo que le aporta un término útil de comparación entre el tipo de referencia utilizado y otros tipos alternativos. Sobre el alcance del fallo y la posibilidad de considerar no transparentes las cláusulas cuando falta una información similar a la apuntada, F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Diario La Ley*, n. 9689, 16 de julio de 2020, p. 5. Tal alcance ha sido recientemente aclarado por el ATJUE 17 noviembre 2021, *Gómez del Moral Guasch II*, C-655/20, donde el tribunal descarta la obligatoriedad de la información precontractual apuntada, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada por el profesional, un consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia (apartado 34). Véase, también en el marco de un préstamo a interés variable, la STJUE *Ibercaja Banco*, apartados 53-54, sobre la pertinencia de informar al consumidor de la evolución en el pasado del índice de referencia, a efectos de que pueda tomar conciencia de la eventualidad de no poder beneficiarse de tipos inferiores al “tipo suelo” cuestionado en el litigio. En este mismo asunto, y a propósito de la transparencia exigible al acuerdo novatorio por el que se sustituye la cláusula controvertida renunciando a la acción de anulación y sus efectos restitutorios, el TJUE entiende que no es exigible al profesional informar del carácter abusivo de la cláusula y sus consecuencias, cuando tal abusividad no había sido reconocida por ambas partes en el marco de un procedimiento judicial y no existía una resolución firme sobre el deber de restitución de todas las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula (apartados 72-74). En sentido idéntico, STJUE 1 junio 2021, *UP contra BANCO SANTANDER, S. A.*, C-268/19, apartados 57-58.

⁴⁹ Véase, en relación con la exigencia de transparencia en los créditos denominados en moneda extranjera, *BNP Paribas*

33. El examen circunstanciado de la claridad y comprensibilidad de una cláusula no negociada ha de proceder en todo caso, sin que pueda reputarse que una cláusula es, por su propia denominación, transparente⁵⁰. No obstante, el TJUE ha estimado que las cláusulas que establecen el cobro de una comisión de desembolso y los gastos de gestión del crédito, cuando su modo de determinación e importe es claro, no han de detallar necesariamente los servicios prestados por el profesional como contrapartida, siempre que la naturaleza de los servicios *efectivamente proporcionados* pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto y el consumidor pueda comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen⁵¹.

34. En su jurisprudencia más reciente, el TJUE ha introducido, como elemento ponderable en el juicio de la transparencia, la accesibilidad para el consumidor de la información precisa para comprender los elementos conformadores (función y funcionamiento) de la cláusula controvertida. Así, en el asunto *Gómez del Moral*, al valorar la transparencia de la cláusula que incluye la referencia al tipo de interés variable aplicable para el cálculo de los intereses ordinarios del préstamo, la corte sanciona la pertinencia de valorar la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del tipo controvertido resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en una Circular del Banco de España, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado⁵². De este modo, se eleva el nivel de la diligencia exigible al consumidor medio⁵³, al tiempo que se constata un retroceso respecto a pronunciamientos previos, en que el tribunal llegó a descartar que el deber de transparencia pueda reputarse cumplido mediante la remisión contenida en las condiciones generales del contrato a las disposiciones legales o reglamentarias que establezcan derechos y obligaciones de las partes en torno a las cláusulas controvertidas⁵⁴.

B) Sanción por incumplimiento: transparencia y abusividad

35. Es llamativo que el artículo 5 la Directiva, tras sancionar el deber de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, omita cualquier alusión a las consecuencias derivadas de la vulneración de tal deber, limitándose a prever que las cláusulas oscuras deben ser interpretadas en el sentido más favorable al consumidor⁵⁵. La laguna existente en torno a las cláusulas que no admiten una interpretación *pro consumatore* ha sido colmada por el TJUE, en el sentido de descartar que la falta de transparencia sea un factor directo de nulidad de la cláusula, afirmación con declinaciones diversas, en función de la naturaleza de la cláusula enjuiciada.

36. Tratándose de cláusulas definitorias de los elementos esenciales, la falta de transparencia juega como presupuesto de la posible fiscalización de su carácter abusivo, que ha de realizarse a la luz

Personal Finance (II), apartados 72 y 73, que aconseja la inclusión por el profesional de simulaciones numéricas que informen sobre la repercusión en las obligaciones del consumidor prestatario de las variaciones de los tipos de cambio entre moneda de cuenta y de pago.

⁵⁰ STJUE *Caixabank*, apartados 68 y 69, a propósito de la necesidad de que el consumidor pueda comprender los motivos que justifican el cobro de una comisión de apertura por la concesión de un préstamo.

⁵¹ STJUE *Kiss y CIB Bank*, apartados 38, 39, 43, 44 y 54; J. LUZAK, « Half-baked transparency rules in Kiss and CIB Bank (C-621/17) », *Recent developments in European Consumer Law [Blog]*, 3.10.2019. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2019/10/half-baked-transparency-rules-in-kiss.html>.

⁵² STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartados 53 y 56.

⁵³ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «El devenir de la cláusula... », *cit.*, muy crítico con la jurisprudencia española que sancionó la “cognoscibilidad” por el consumidor medio del funcionamiento del índice de referencia controvertido en el caso de que trae causa la sentencia *Gómez del Moral Guasch*.

⁵⁴ STJUE *RWE Vertrieb*, apartados 50-51, que, en relación con las cláusulas de modificación de las tarifas de gas, sanciona que la obligación de poner en conocimiento del consumidor el motivo y el modo de variación del coste y su derecho a rescindir el contrato no se cumple con la mera remisión efectuada en las condiciones generales a una disposición legal o reglamentaria que establezca los derechos y obligaciones de las partes (apartado 50).

⁵⁵ Por todos, J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 53-54.

de los criterios generales recogidos en el art. 3.1 de la Directiva⁵⁶. De este modo, constatada la incomprendibilidad real de la cláusula, el juez ha de apreciar, atendiendo a los cánones interpretativos recogidos en el art. 4.1, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor. El TJUE ape- la en sus fallos al sentido atribuido en la sentencia *Aziz* a las nociones de “buena fe” y “desequilibrio importante”, sentido cuya adaptación al juicio de validez de las cláusulas definitorias de los elementos esenciales no es en absoluto sencilla. De una parte, tal adaptación pasa por admitir que el profesional que ha faltado al deber de transparencia puede razonablemente estimar que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este habría aceptado la cláusula controvertida, *si pudiese entenderla*, en el marco de una negociación individual⁵⁷. De otra, debe recordarse que, en la apreciación del desequilibrio generado por una cláusula, el tribunal europeo ordena atender preferentemente al derecho dispositivo, un parámetro de contraste *a priori* inaplicable a las cláusulas definitorias de la relación entre el precio y el bien o servicio, cuya exclusión de control se ha justificado precisamente en la inexistencia de baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control⁵⁸.

37. La dificultad de admitir la buena fe del profesional que no ha informado de modo suficiente sobre las consecuencias económicas de la cláusula y la inadaptación del concepto jurisprudencial de “desequilibrio importante” a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato se evidencia en buena parte de las sentencias que defienden tal aplicación. Si en algunos supuestos el TJUE se abstiene de pronunciarse sobre el eventual desequilibrio generado por la cláusula no transparente, por corresponder tal decisión al juez nacional⁵⁹, en otros asimila en la práctica la falta de transparencia y la abusividad. Así sucede, por ejemplo, en las dos sentencias de 10 de junio de 2021 recaídas a propósito de préstamos denominados en moneda extranjera, que centran el juicio de abusividad de la cláusula enjuiciada en el desequilibrio económico que puede generar en perjuicio del consumidor, de cuyo riesgo no ha sido informado de modo transparente por el empresario, quien no puede razonablemente estimar que, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, el riesgo desproporcionado de tipo de cambio que resulta de tales cláusulas⁶⁰. En sentido similar, la sentencia *Ibercaja Banco* ha sancionado que “puede ser calificada como abusiva” la cláusula de renuncia por el consumidor al ejercicio de las acciones que pudiesen corresponderle en relación con la validez de la cláusula de un contrato anterior que vincula al mismo empresario (objeto principal del acuerdo, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva: apartado 68), “cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula” (apartado 77)⁶¹.

En un tercer grupo se situarían pronunciamientos como el contenido en la sentencia *Banco Primus* que, a efectos de valorar el desequilibrio importante generado por la cláusula definitoria de la fórmula de cálculo del interés ordinario del crédito (que el TJUE considera integrada en el art. 4.2 y, de

⁵⁶ SSTJUE *Gutiérrez Naranjo*, apartado 51; *Primus*, apartados 58 a 63; *Andriaciuc y otros*, apartados 54 a 58; *Ibercaja Banco*, apartados 57 a 61; *Caixabank*, apartados 77-79; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 59 a 62; *Gómez del Moral Guasch II*, apartados 37 a 46. En sentido crítico, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cuando los años tienen 360 días...”, *cit.*, para quien resulta absurdo admitir que el juez deba declarar vinculante – porque no es abusiva – una cláusula referida a los elementos esenciales de la que ha dicho, previamente, que no está redactada de forma clara y comprensible; S. CÁMARA LAPUENTE, “Doce tesis...”, *cit.*, pp. 15-16, donde postula la nulidad directa de la cláusula suelo no transparente, por no reunir los requisitos de su válida incorporación al contrato, como sanción más protectora, amparada en el derecho español y coherente con la Directiva.

⁵⁷ Sobre la dificultad de realizar este juicio hipotético, F. PERTÍÑEZ VILCHEZ « El devenir de la cláusula... », *cit.*, p. 8.

⁵⁸ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 55; *Matei*, apartados 55-56; *Kiss y CIB Bank*, apartados 34-35; *Caixabank*, apartado 65.

⁵⁹ Así, en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, a propósito de las cláusulas definitorias de las cuotas de reembolso en un préstamo multidivisa; *Gutiérrez Naranjo*, a propósito de las cláusulas suelo insertas en un préstamo a interés variable; *Gómez del Moral Guasch*, a propósito del índice de referencia aplicable al cálculo de los intereses ordinarios.

⁶⁰ SSTJUE *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 68 a 71; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 100 a 102.

⁶¹ En el caso, el nudo gordiano del juicio de abusividad del pacto novatorio que incluye la renuncia se encuentra en el hecho de que el consumidor haya tenido o no información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inserta inicialmente en el contrato y de las cantidades a cuyo reembolso hubiera tenido derecho en caso de que se hubiese declarado la nulidad de la cláusula (apartado 69).

conformidad con el órgano remitente, califica como no transparente), ordena al juez nacional comparar el método pactado y el tipo efectivo resultante de su aplicación con los “modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo de legal interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato” (apartado 65). Una técnica que, en definitiva, supone apelar a los usos como parámetro de contraste del desequilibrio generado por la cláusula y fiscalizar la estricta adecuación entre el precio y el servicio, lo que resulta poco coherente con la doctrina previa del tribunal.

38. La sanción merecida por causa de falta de transparencia difiere en relación con las cláusulas definitorias de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato, sujetas en cualquier caso al juicio de abusividad. En ellas, la transparencia se convierte en uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, especialmente relevante en el caso de cláusulas cuya inclusión en el Anexo de la Directiva – y carácter “indiciariamente” abusivo- deriva precisamente de la existencia de un déficit en la información suministrada al consumidor. Así sucede nítidamente con las cláusulas de modificación unilateral por el profesional de la prestación debida por el consumidor, cuando no se le informa, de modo claro y comprensible, sobre los motivos de la modificación pretendida, el método de variación de la prestación y el derecho que le asiste a rescindir el contrato (letras j) y l) del apartado 1 y b) y d) del apartado 2) del Anexo)⁶².

39. Fuera del marco de las cláusulas reconducibles al catálogo del Anexo, la falta de transparencia juega como un criterio más de valoración de la abusividad de la cláusula accesorias, en realidad subsumible en las “circunstancias” concurrentes al tiempo de celebración del contrato, a que apela el art. 4.1 de la Directiva⁶³. En consecuencia, el TJUE admite que la cláusula no transparente pueda no ser abusiva, lo que le lleva a conclusiones en ocasiones paradójicas. Así ocurre en el caso resuelto por la sentencia *Kiss y CIB Bank*, recaída – recordemos- a propósito de las cláusulas que imponen al consumidor prestatario el pago de gastos de gestión y de una comisión de desembolso por la concesión del préstamo. Para el tribunal, tales cláusulas, aun cuando no permitan identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, en principio no causan, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, a menos que no pueda considerarse que los servicios se prestaron efectivamente o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo (apartados 55 y 56). El desatino del tribunal es doble: de una parte, la abusividad se hace depender de la prueba de un hecho negativo cuya carga se traslada al consumidor (inexistencia de servicios ligados a la gestión o el desembolso del crédito). De otra, postula una valoración económica del desequilibrio generado por la cláusula (proporcionalidad de los gastos y la comisión cuestionadas con el importe del crédito), y ello tras recordar en el apartado 51 que el examen del desequilibrio generado por la cláusula “no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro”.

40. Más correcta parece la solución adoptada en el caso *Caixabank* que, a propósito de la abusividad de la cláusula definitoria de la denominada *comisión de apertura* del préstamo (equivalente, en definitiva, a la comisión y gastos enjuiciados en el asunto *Kiss y CIB Bank*) llega a una conclusión contraria a su precedente. Tal y como se recoge en los apartados 78 y 79 del fallo, la cláusula que omite los servicios prestados a cambio de la comisión que establece puede generar desequilibrio, entendido como

⁶² STJUE *Invitel*, apartados 24 a 31, a propósito de las cláusulas de modificación unilateral de gastos relacionados con la prestación de un servicio de telefonía; sentencia *RWE Vertrieb*, apartados 50-55, sobre modificación unilateral de las tarifas aplicables en un contrato de suministro de gas; sentencia *Matei*, apartados 73 a 76, sobre modificación unilateral del tipo de interés aplicado al préstamo, donde el tribunal asevera que “La exigencia de comprensibilidad real dudosamente es cubierta por la cláusula que permite al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés en función del criterio - “poco transparente a primera vista”, a pesar de su claridad gramatical— de «que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero» (apartado 76).

⁶³ Entre otras, SSTJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 52; *Ibercaja Banco*, apartado 46; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 46; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 67.

menoscabo de la situación jurídica en que se encuentre el consumidor en virtud de las disposiciones nacionales, pues estas (en el caso, la normativa bancaria española) exigen que los gastos y comisiones repercutidos al cliente respondan a servicios *efectivamente prestados* o a gastos *habidos*. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

IV. Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula

41. De conformidad con el art. 6.1 de la Directiva, los Estados miembros han de garantizar que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no vinculen a este último, sin perjuicio de la conservación del contrato en los mismos términos pactados, si esta fuere posible. De este modo, una vez purgado el contrato de sus elementos abusivos, debe continuar su ejecución, que sigue vinculando al predisponente. Sólo cuando este no pueda subsistir, deberá el juez decretar su nulidad íntegra.

La norma comunitaria deja a los derechos nacionales la determinación de la categoría de ineficacia negocial aplicable, de su concreta articulación procesal y de los criterios determinantes del tránsito de la nulidad parcial a la ineficacia íntegra del contrato, precisando en el artículo 7 que el mecanismo escogido ha de constituir un medio “adecuado y eficaz” para que cese el uso de cláusulas abusivas. Un mandato que, a juicio del TJUE, implica que el régimen de ineficacia ha de tener una proyección no solo represiva, sino también preventiva o disuasoria de la utilización futura de cláusulas abusivas por el empresario.

42. Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, pese a su parquedad, han sido objeto de un amplísimo desarrollo por el TJUE, que en un importante número de sentencias ha fijado criterios imperativos en torno al alcance y articulación del régimen de ineficacia aplicable a las cláusulas abusivas. A efectos expositivos, tales aportaciones pueden compendiarse en tres grupos, respectivamente referidos al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas, las consecuencias que la declaración de nulidad despliega sobre el contrato en su conjunto y los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad.

1. Aportaciones del TJUE en torno al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas

43. A falta de normativa específica de la Unión europea en materia procesal, la regulación de los procesos destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el ordenamiento comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro (principio de autonomía procesal). No obstante, las condiciones en las que las normas internas presten la protección brindada por el derecho de la Unión no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (principio de efectividad)⁶⁴.

La doble condición a que se somete la vigencia del principio de autonomía procesal de los Estados ha justificado la “intervención” del TJUE sobre algunos aspectos esenciales de la articulación de la nulidad de la cláusula abusiva en el proceso, bajo el presupuesto de la incompatibilidad con la Directiva

⁶⁴ Véanse, en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13/CEE, entre otras, STJCE 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, apartado 24; STJCE 6 octubre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartado 38; STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 46; STJUE 21 febrero 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, apartado 26; *Aziz*, apartado 50; *Caixabank*, apartado 83. Sobre el alcance de los principios mencionados y su repercusión en materia procesal, Informe Comisión 2019, pp. 42 a 44.

93/13/CEE de las normativas internas cuestionadas, en términos de equivalencia y - sobre todo- de eficacia del derecho comunitario.

44. La aportación más relevante y consolidada en este ámbito es sin duda la doctrina del Tribunal sobre el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula⁶⁵. En síntesis, la jurisprudencia comunitaria sanciona el deber del juez de adoptar las medidas de instrucción necesarias para establecer si una cláusula entra dentro del campo de aplicación de la directiva y, en caso afirmativo, de apreciar de oficio su carácter eventualmente abusivo, siempre que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y salvo aceptación expresa del consumidor informado al efecto por dicho juez. Como medida de preservación del derecho de defensa del profesional predisponente y el principio de contradicción, la corte incorpora a su doctrina el deber del juez nacional de informar a las partes de la existencia de una cláusula abusiva, instándoles para que debatan de forma contradictoria, conforme a las normas procesales nacionales, en torno a los elementos de hecho y de derecho decisivos para la resolución del procedimiento⁶⁶.

45. En sus pronunciamientos, el tribunal vincula la apreciación de oficio de la nulidad de la cláusula abusiva tanto al objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva, como al mandato contenido en su artículo 7, al tratarse de un medio «adecuado y eficaz» para que cese el uso de cláusulas abusivas, dado el efecto disuasorio que puede ejercer sobre los profesionales. Los argumentos, empleados por vez primera en las conclusiones 25 a 28 de la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, se reproducen de modo casi literal en los pronunciamientos posteriores: la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, derivada de la inferioridad del primero en capacidad de negociación y nivel de información, sólo puede compensarse con una intervención positiva, ajena a las partes del contrato que, en el ámbito de la acción individual, ha de venir dada por la actuación del juez. El tribunal estima además que la Directiva 93/13/CEE constituye una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta, lo que la convierte en norma imperativa equivalente a las disposiciones que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público⁶⁷.

46. Junto a la doctrina analizada, el TJUE ha sancionado dos reglas más de naturaleza procesal, impuestas - por encima de cualquier divergencia entre Estados - por el principio de efectividad del derecho comunitario. De una parte, ha declarado que se opone a la Directiva 93/13/CEE la normativa interna que establezca un plazo de prescripción a la acción destinada a obtener la declaración de nulidad de una cláusula, de modo que su preclusión prive al consumidor del derecho a invocar tal nulidad en cualquier tiempo o impida al juez nacional declarar, de oficio o en virtud de excepción, el carácter abusivo de una cláusula⁶⁸. Ello sin perjuicio de la posible sujeción a plazos preclusivos de la acción orientada a reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de tales cláusulas abusivas, cuestión sobre la que se volverá más adelante. De otra, ha decretado la incompatibilidad con la Directiva de la normativa interna que cargue al consumidor con una parte de las costas procesales en caso de desestimación parcial de su pretensión restitutoria, en la medida en que tal régimen crea un obstáculo

⁶⁵ La doctrina se desarrolla, entre otras, en las SSTJCE 27 junio 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98; *Mostaza Claro*; *Pannon GSM*; *Asturcom Telecomunicaciones*; *VB Pénzügyi Lízing*; *Banco Español de Crédito*; *Aziz*; STJUE 30 mayo 2013, *Jörös*, C-397/11; STJUE 30 mayo 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11; STJUE 18 febrero 2016, *Finanmadrid E.F.C.*, C-49/14; STJUE 26 junio 2019, *Addiko Bank*, C-407/18; STJUE 13 septiembre 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17.

⁶⁶ SSTJUE *Banif Plus Bank*, apartados 29 a 31 y 36; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 53. En la doctrina, G. RAYMOND, « Caractère abusif d'une clause contractuelle et office du juge », *Contrats concurrence consommation*, n. 6, 2013, comm. 142.

⁶⁷ SSTJCE *Asturcom Telecomunicaciones*, apartados 51 a 53; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 44 y 45; *Jörös*, apartado 30.

⁶⁸ SSTJCE 21 noviembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, apartados 29, 31 y 35; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 38 y 48.

significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales⁶⁹.

2. Consecuencias negociales de la declaración del carácter abusivo de una cláusula

A) La doctrina de la “no integración” y la excepcional entrada del derecho dispositivo en sustitución de la cláusula abusiva

47. Ya desde una perspectiva sustantiva, el TJUE ha perfilado, nuevamente a través de un amplísimo número de sentencias, las consecuencias que sobre el propio contrato derivan de la declaración del carácter abusivo de una cláusula, sancionando una regla esencial calificada por la literatura jurídica como principio o doctrina de la “no integración”. Conforme a tal principio, decretado por el juez el carácter abusivo y la consecuente nulidad de una cláusula, esta debe ser simple y llanamente expulsada del contrato, sin que los Estados miembros puedan conceder al juez facultades de “moderación” de la cláusula, de “reducción” de su alcance a límites tolerables o de “recomposición” o “integración” del contrato parcialmente nulo⁷⁰. Así, si una cláusula no negociada inserta en un contrato de préstamo impone al consumidor unos intereses moratorios excesivos, el juez que declara su nulidad (por conformar una indemnización desproporcionada al incumplimiento) no podrá reducir el interés de demora a umbrales razonables, ni aun utilizar la norma legal que fija los intereses moratorios en defecto de pacto, sino que habrá simple y llanamente de decretar la improcedencia del cobro de estos intereses, subsistiendo el contrato en lo restante⁷¹.

48. Para el TJUE, la incompatibilidad con la Directiva de la facultad del juez nacional de “integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva” se fundamenta en un doble argumento. De una parte, en la literalidad del artículo 6.1, cuyo mandato de “no vinculación” impone la simple inaplicación de la cláusula abusiva y, de ser jurídicamente posible en virtud del Derecho interno, la subsistencia del contrato sin más modificación que la derivada de tal supresión. De otra, en la finalidad y sistemática de la Directiva 93/13/CEE, pues la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en el contrato podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo fijado en el art. 7, al contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. En esta línea, el tribunal advierte que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegase a ser declarada su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo su interés⁷².

⁶⁹ STJUE *Caixabank*, apartado 99.

⁷⁰ STJUE *Banco Español de Crédito*, donde la corte declara la incompatibilidad con el derecho comunitario del entonces art. 83 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios española, que a la sazón ordenaba al juez integrar el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva, concediéndole al efecto facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes. Con posterioridad, entre otras, SSTJUE *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 57; *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 77; *Unicaja Banco y Caixabank*, apartados 28-29; *Radlinger y Radlingerová*, apartado 97; *Primus*, apartado 71; STJUE 26 marzo 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17, apartado 53; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 59; ATJUE *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 33.

⁷¹ Los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, en el sentido expuesto en el texto, se recogen, entre otras, en las citadas sentencias *Banco Español de Crédito*, *Unicaja Banco y Caixabank* y en los autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Banco Grupo Cajatres*. Véase, no obstante, la STJUE 7 agosto 2018, *Banco Santander*, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, donde el TJUE decretó que la nulidad de la cláusula de fijación de los intereses moratorios no ha de impedir la continuidad del devengo de los intereses remuneratorios del préstamo, aun cuando este se encuentre ya vencido, lo que en la práctica supone admitir la reducción del interés de demora hasta un umbral equivalente a los intereses ordinarios pactados. En la doctrina, por todos, E. ARROYO AMAYUELAS, “Límites a los intereses moratorios”, en M. ANDERSON-E. ARROYO Y A. APARICIO (dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 84-85.

⁷² Entre otras, SSTJUE *Banco Español de Crédito*, apartados 65 a 69; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 58 a 60; *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 78-79; *Unicaja Banco y Caixabank*, apartados 30 a 32; *Abanca Corporación Bancaria*, apartado 54; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 60; ATJUE *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartados 35 a 37.

49. Por idénticas razones, el TJUE ha proscrito la técnica de “segregar” la cláusula enjuiciada en una parte inválida (que se elimina) y otra válida (que se conserva, por no reputarse abusiva), lo que equivale a modificar su contenido, afectando a su esencia. El tribunal considera que tal mantenimiento parcial de las cláusulas es inadmisibles, al menoscabar de modo directo el efecto disuasorio buscado por la Directiva⁷³.

50. En la versión completa de la doctrina de la no integración, la posible sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional es admitida por el TJUE en un único supuesto: cuando la inaplicación de la cláusula enjuiciada obligue al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, dejando al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales⁷⁴. Tal circunstancia concurría en el asunto resuelto por la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, primera en matizar la regla de la “no integración”, para dar entrada limitada a la aplicación judicial del derecho dispositivo. En el caso, el tribunal hubo de pronunciarse, entre otros extremos ya comentados, sobre las consecuencias de la eventual nulidad de la cláusula definitoria del deber de reembolso del consumidor prestatario, en el marco de un préstamo hipotecario. Bajo el presupuesto de que, de apreciarse efectivamente la abusividad y consecuente inaplicación de la cláusula, el contrato no podría subsistir, el TJUE admite su sustitución por una norma jurídica de derecho nacional (en el caso, art. 237.2 del Código civil húngaro), que permitía la continuidad del contrato mediante un cálculo equitativo de las cuotas de devolución del préstamo. En su razonamiento, el TJUE parte de una reflexión práctica incontestable: en supuestos como el controvertido, la anulación del contrato tiene el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, razón por la que puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84). Frente a esta situación, y habida cuenta de que la aplicación del derecho supletorio permitía restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, se concluye que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional” (apartado 85).

51. La sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* apunta los presupuestos de operatividad de la facultad de aplicación judicial del derecho dispositivo, en principio excepcional, que el TJUE desarrollará con posterioridad, entre otras en las sentencias *Dunai* (apartados 50 a 56), *Abanca Corporación Bancaria y Bankia* (apartados 60 a 63), *Gómez del Moral Guasch* (apartados 61 a 66) y *Dziubak* (apartado 48). De la doctrina contenida en tales pronunciamientos se desprende que la decisión del juez nacional ha de derivar de un razonamiento gradual, desarrollado en tres tiempos. En primer término, ha de valorar si, de conformidad con las normas de derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, la cláusula enjuiciada define aspectos esenciales del contrato, de modo que este no puede subsistir sin aquella⁷⁵. En segundo lugar, y para el caso de que constate la imposibilidad de subsistencia del contrato, el juez nacional ha de valorar si su nulidad expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representan para él una penalización, valoradas necesariamente en relación con las circunstancias

⁷³ STJUE *Abanca Corporación Bancaria*, apartado 55, a propósito de las cláusulas que otorgan a la entidad prestamista la facultad de dar por vencido el préstamo y exigir la totalidad de la deuda cuando el deudor deje de pagar cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. La validez de tales cláusulas no puede ser salvada eliminando la parte afectada de nulidad (vencimiento por impago de una sola cuota) y preservándola en lo restante, dada la indivisibilidad intrínseca de la cláusula.

⁷⁴ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*; STJUE 14 marzo 2019, *Dunai*, C-118/17; *Abanca Corporación Bancaria*, apartados 56 y 64; STJUE 3 octubre 2019, *Dziubak*, C-260/18, apartado 48; *Gómez del Moral Guasch*, apartados 61 a 67; ATJUE 3 julio 2019, *Bankia*, C-92/16, apartados 40 a 45.

⁷⁵ El enfoque objetivo apelado por el tribunal implica que el juicio sobre la subsistencia del contrato no puede depender exclusivamente del mayor beneficio que de la decisión adoptada se irrogue para una de las partes contratantes (sentencias *Perenicová y Perenic*, apartados 31 a 33; *Dziubak*, apartado 41).

existentes o previsibles en el momento del litigio, y no ya en el momento de la celebración del contrato en cuestión⁷⁶. En tercer lugar, constatada la imposibilidad de subsistencia del contrato y el perjuicio que su anulación irroga al consumidor, el juez nacional ha de ponderar si el mantenimiento del contrato y la aplicación del derecho dispositivo nacional permite reemplazar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, supuesto en que “podrá” decretar tal subsistencia del contrato y sustituir las cláusulas cuestionadas por la “norma supletoria de derecho nacional”, siempre que el consumidor no se oponga a ello⁷⁷ y con efectos que han de retrotraerse al momento de celebración del contrato⁷⁸. Ahora bien, la aplicación del derecho supletorio ha de ceñirse a las normas de naturaleza legal aplicables en defecto de pacto (incluso cuando su redacción haya sido posterior a la celebración del contrato⁷⁹), sin que sea posible la integración conforme a las exigencias de la buena fe, los usos o la equidad, principios sobre los que no ha intervenido el legislador y sobre los que, por tanto, no es posible establecer una presunción de inexistencia de abusividad⁸⁰.

52. La clave de bóveda se encuentra así en la decisión en torno a la posibilidad o imposibilidad de subsistencia del contrato (decisión exclusiva del juez nacional) pues, si los órganos jurisdiccionales llegan a la conclusión de que el contrato puede subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas, deberá simple y llanamente abstenerse de aplicarlas, salvo que el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a su aplicación⁸¹.

B) Crítica a la doctrina de la “no integración”: moderación (de la cláusula) versus integración (del contrato)

53. Ha de reconocerse que la doctrina europea de la “no integración” ejerce en relación con cláusulas como la definitoria de los intereses moratorios de un crédito (cuestionada en los primeros pronunciamientos del TJUE en la materia) un potente efecto disuasorio sobre el profesional, que ha de extremar el cuidado en su redacción, sabedor de que su eventual nulidad le privará incluso de los derechos que, en caso de retraso del deudor en el cumplimiento, le corresponderían en defecto de pacto. Sin embargo, incurre en un error conceptual básico, consistente en identificar dos facultades judiciales que son en puridad diferentes: la facultad de moderar el contenido de la cláusula, hasta ajustarla a los límites legalmente admisibles (“técnica de reducción conservadora” de la validez de la cláusula) y la facultad de integración del contrato parcialmente nulo, mediante el recurso a los elementos y criterios aportados por el derecho contractual interno (generalmente, interpretación integradora del contrato, norma dispositiva interna, buena fe y usos)⁸².

54. Es plausible negar al juez nacional la primera de las facultades mencionadas, pues limitar el alcance de la cláusula hasta umbrales admisibles equivale a sancionar su nulidad parcial (expulsando la parte ilícita y salvando la validez de la parte admisible), lo que, por un lado, contradice abiertamente el

⁷⁶ Sobre el momento de apreciación del perjuicio ocasionado al consumidor por la anulación de la totalidad del contrato, *Dziubak*, apartados 50 y 51.

⁷⁷ SSTJUE *Dunai* (apartados 41 a 45; 55 y 56); *Dziubak* (apartados 53-55).

⁷⁸ ATJUE *Gómez del Moral y Guasch II*, apartados 67 y 68.

⁷⁹ STJUE *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, apartados 59, 62 y 64; *Gómez del Moral y Guasch*, apartado 64.

⁸⁰ *Dziubak*, apartados 57 a 62. Muy crítico con el fallo, cuyas expresiones son en ocasiones ininteligibles, se muestra J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “¿Hay algo que no vaya de cláusulas abusivas? El Asunto Dziubak. STJUE 3 de octubre de 2019”, *Almacén de Derecho* [Blog], 20.11.2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/todo-es-un-problema-de-clausulas-abusivas-el-asunto-dziubak>

⁸¹ SSTJUE *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, apartado 63; *Dziubak*, apartados 53 a 56; *Gómez del Moral y Guasch II*, apartados 49 a 52.

⁸² La diferencia entre ambas facultades puede verse en J. PAGADOR LÓPEZ, “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 118-120.

mandato de no vinculación e inaplicación integral de la cláusula contenido en el art. 6.1 de la Directiva; por otro, beneficia al profesional predisponente, a quien la reducción judicial de la cláusula situará en una posición más favorable que la derivada de la ausencia de pacto y consecuente aplicación del derecho dispositivo⁸³. Sin embargo, no es defendible emplear idénticos argumentos para proscribir la integración judicial del contrato parcialmente nulo. De una parte, esta facultad no entra realmente en colisión con la literalidad del art. 6.1 de la Directiva, pues no supone otorgar carácter vinculante (siquiera parcial) a la cláusula abusiva. Muy al contrario, la activación de la facultad de integración presupone precisamente la inaplicación de la cláusula (piénsese que solo la inexistencia de pacto de intereses moratorios legitima la aplicación de la norma subsidiaria que fija la indemnización por retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias). De otra, no puede sostenerse sin más que el juego del derecho dispositivo haga quebrar la función disuasoria que ha de cumplir la disciplina en materia de cláusulas abusivas. Situándonos de nuevo en la posición contractual del empresario prestamista, este ha de saber que puede penalizar el retraso en el cumplimiento del deber de reembolso del prestatario con un interés moratorio superior al fijado por la norma dispositiva, pero también que, si lo eleva de forma desproporcionada, perderá el plus que legítimamente podía obtener sobre la regla legal subsidiaria.

55. A tales consideraciones se une un argumento práctico incontestable: si bien existen cláusulas que pueden ser simple y llanamente inaplicadas, conservándose el contrato en lo restante, existen otras cuya nulidad genera una laguna que necesariamente ha de integrar el juez, en desarrollo de su función típica: resolver el conflicto en aplicación del sistema de fuentes establecido. Lo quiera o no el TJUE, la necesidad de “recomponer” el contrato una vez expulsada una de sus cláusulas va a pervivir en un buen número de supuestos, más allá de los contemplados en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*. Los ejemplos se multiplican, pero basta para ilustrar la necesidad apuntada con mencionar una de las cláusulas controvertidas en el asunto *Caixabank*, por la que se atribuía al consumidor la totalidad de los gastos generados por la constitución y cancelación de un préstamo hipotecario (esencialmente, gastos de notaría, registro y gestoría), siendo así que el derecho nacional aplicable en defecto de pacto atribuía parte de ellos al prestamista y otra parte al prestatario. Decretada la nulidad de la cláusula, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor en caso de que aquella no hubiese existido exige activar las normas nacionales supletorias reguladoras del reparto de los gastos hipotecarios, pues solo así es posible conocer exactamente cuáles de ellos fueron abonados por el consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva. La solución alternativa, consistente en decretar la devolución al consumidor de la totalidad de las cantidades pagadas, con independencia de cuáles le correspondan en aplicación del derecho dispositivo, supone corromper el sentido de los efectos restitutorios de la nulidad (limitados a “neutralizar” las consecuencias de la cláusula abusiva) y otorgar al juez la facultad de crear pactos inexistentes entre las partes, lo que sin duda excede del mandato contenido en el art. 6 de la Directiva⁸⁴. Así lo ha entendido, en definitiva, el TJUE, que en el fallo que resuelve el asunto comentado se limita a recordar su jurisprudencia previa en torno a la proscripción de la facultad judicial de *moderación del contenido* de las cláusulas abusivas (*Caixabank*, 50 a 52), omitiendo cualquier alusión a la prohibición de integración del contrato y declarando expresamente que la nulidad de la cláusula controvertida “justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes”, añadiendo que “si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una

⁸³ J. PAGADOR LÓPEZ, “Los contratos de consumo...”, *cit.*, p. 119; M. CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 202-204.

⁸⁴ La defensa de la restitución al consumidor de todos los gastos recogidos en la cláusula controvertida, le correspondiesen o no en aplicación del derecho dispositivo, puede verse, entre otros, en L. ZUMAQUERO GIL, «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 2, 2018, pp. 181 y 184; A. AGÜERO ORTIZ, “Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE. Comisión de apertura y restitución de gastos”, *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 30.1.2019, pp. 14-15 y 17-18. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3905-nuevamente-dando-esquinazo-a-la-directiva-93-13-cee-comisi%C3%B3n-de-apertura-y-restituci%C3%B3n-de-gastos>; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2019, pp. 378-80).

parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1 de la Directiva se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar” (*Caixabank*, apartado 54).

56. En su simplicidad, el fallo representa una discreta pero importante rectificación de la formulación más extrema de la doctrina de la “no integración”, al reconocer la compatibilidad con el derecho comunitario de la facultad judicial de integración del contrato por aplicación del derecho dispositivo, sin más presupuesto que la existencia de una laguna que necesariamente ha de cubrirse⁸⁵.

3. Consecuencias económicas. La restitución al consumidor de las cantidades indebidamente percibidas por el empresario

57. La última de las reglas imperativas establecidas por el TJUE en torno al régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas hace referencia a las consecuencias económicas que han de derivar de la declaración de nulidad de la cláusula, consistentes en el derecho del consumidor a recobrar íntegramente las cantidades indebidamente percibidas por el empresario como consecuencia de su aplicación. Los efectos restitutorios derivados de la nulidad y consecuente inaplicación de la cláusula abusiva se ligan invariablemente en la jurisprudencia comunitaria al mandato de “no vinculación” consagrado en el art. 6.1 de la Directiva, que exige considerar, en principio, que la cláusula no ha existido nunca, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. De ello se deduce que la declaración de nulidad de la cláusula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional⁸⁶.

58. Desde una perspectiva temporal, la corte ha declarado que el derecho del consumidor abarca la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas por el empresario desde el momento mismo en que empezó a lucrarse en virtud de la cláusula abusiva, sin que el fallo judicial que declara tal abusividad pueda limitar en el tiempo el alcance de este deber restitutorio. En consecuencia, ha reputado contraria al derecho comunitario una jurisprudencia nacional que circunscribe los efectos restitutorios a la devolución de las cantidades pagadas indebidamente por el consumidor con posterioridad a la declaración judicial de la nulidad de la cláusula, recaída en el marco de una acción colectiva⁸⁷.

59. Un problema distinto al apuntado es el suscitado por la existencia en las legislaciones internas de normas que sujetan a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, tales normas han de reputarse compatibles con la Directiva, a condición de que no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y siempre que ni la duración del plazo establecido ni el momento en que ese plazo empieza a correr hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución (principio de efectividad)⁸⁸.

⁸⁵ Una crítica favorable a la sentencia puede verse en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto”, *Derecho Mercantil* [Blog], 16.7.2020. Disponible en: <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html?m=1> Más escéptica se muestra B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, “Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 782, 2020, pp. 3923 a 3927, quien alerta de la pérdida de efecto disuasorio de la nueva doctrina.

⁸⁶ SSTJUE, *Gutiérrez Naranjo*, apartados 61 y 66; *Raiffeisen Bank*, apartado 54; *Caixabank*, apartado 52; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 37.

⁸⁷ STJUE *Gutiérrez Naranjo*, apartados 61 a 66.

⁸⁸ SSTJUE *Raiffeisen Bank*, apartados 49 a 75; *Caixabank*, apartados 80 a 92; *Profi Credit Slovakia*, apartados 51 a 64; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 26-48. En la doctrina, J. D. PELLIER, “Affaire des prêts libellés en francs suisses et prescription, CJUE 10 juin 2021, aff. C-776/19 à C-782/19”, *Dalloz Actualité*, 9.7.2021.

60. En aplicación de tal doctrina, el Tribunal ha sancionado la legitimidad de la fijación por el derecho nacional de plazos de cinco y aun de tres años para el ejercicio de la acción restitutoria, bajo el presupuesto de que la protección del consumidor no es absoluta y de que el establecimiento de plazos razonables, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, en la medida en que se establezcan y conozcan con antelación y resulten materialmente suficientes para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo⁸⁹.

61. Más riguroso se ha mostrado a la hora de valorar la compatibilidad con el derecho comunitario del *dies a quo* fijado por la ley o el juez nacional para el cómputo de tales plazos. Para el TJUE, resulta contrario a los fines de la Directiva que tal plazo empiece a correr desde fechas tales como el día de la celebración del contrato (*Caixabank*), el de la aceptación del préstamo por el consumidor (*BNP Paribas Personal Finance*, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19), desde la producción del enriquecimiento injusto del prestamista (*Profi Credit Slovakia*) o aun desde el cumplimiento íntegro del contrato por el consumidor (*Raiffeisen Bank*), pues en cualquiera de estos casos es posible que el plazo expire incluso antes de que el consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula o la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE. De este modo, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no esté en condiciones de invocar los derechos que le corresponden, razón por la que tales plazos no le garantizan una protección efectiva, al hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le son atribuidos por la Directiva 93/13⁹⁰.

62. La traslación por el TJUE del *dies a quo* del cómputo del plazo de preclusión de la acción al momento en que el consumidor *tenía o podía razonablemente tener* conocimiento del carácter abusivo de la cláusula y del alcance de sus derechos deja abierta la cuestión de la determinación del momento preciso en que tales circunstancias pueden entenderse concurrentes. Si la fijación del inicio del cómputo es competencia del legislador o la jurisprudencia nacional, el TJUE habrá de pronunciarse próximamente sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de al menos tres nuevos momentos, planteados como posibles por el TS español en cuestión prejudicial elevada al tribunal de Luxemburgo en virtud de Auto de 22 de julio de 2021, a propósito de la acción de restitución de las cantidades abonadas por el consumidor en concepto de gastos hipotecarios, en virtud de la cláusula que indebidamente se los atribuía⁹¹. Se trata del día en que alcance firmeza la sentencia declarativa de la nulidad de la cláusula enjuiciada⁹²; la fecha en que el propio Tribunal Supremo remitente fijó doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios de la declaración de nulidad o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, sentencias *Raiffeisen Bank*, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18 y *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior)⁹³.

⁸⁹ TJUE, *Raiffeisen Bank*, apartados 55 a 58; *Caixabank*, apartados 82 y 87; *Profi Credit Slovakia*, apartados 58-59; *BNP Paribas Personal Finance*, (II), apartados 31, 32, 40 a 42.

⁹⁰ SSTJUE, *Raiffeisen Bank*, apartados 65 y 67; *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartados 90 y 91; *Profi Credit Slovakia*, apartados 60 a 64; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 43, 45 y 47).

⁹¹ ATS (Pleno), 22.7.2021. Recurso 1799/2020. Cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios.

⁹² Tesis defendida, entre otras autoras, por M. J. ACHÓN BRUÑÉN, “Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios”, *Diario La Ley*, n. 9445, 27 de junio de 2019, pp. 10 a 12. Trasladan el *dies a quo* a la fecha de notificación de la sentencia B. SÁENZ DE JUBERA, “Nulidad por abusiva...”, *cit.*, pp. 3932-3934; M. OTERO CRESPO, “La protección del cliente bancario como consumidor. Un estudio sobre la comisión de apertura y sobre la distribución de ciertos gastos y costes derivados de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TS”, en R. CASTILLEJO MANZANARES y A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (dirs.), *Debates jurídicos de actualidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 337-338.

⁹³ Obsérvese que la jurisprudencia comunitaria más reciente conduce a excluir como posible *dies a quo* la fecha de publicación de la primera sentencia del TS que declaró la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, postulada por alguna doctrina (A. AGÜERO ORTIZ, «Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?», *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 24.7.2020, pp. 1-17. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4792-cl%C3%A1usula-de-gastos-en-la-stjue-de-16-7-2020-%C2%BFm%C3%A1s-gastos-restituibles-extensi%C3%B3n-del-plazo-para-instar-la->

63. La resolución de la cuestión planteada obligará al tribunal europeo a priorizar uno de los dos principios que pueden entrar en liza en esta materia: la seguridad jurídica (tensionada, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, por la primera de las fechas propuestas, que convierte la acción restitutoria en imprescriptible, dada la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad a la que se liga) y el principio de efectividad (entredicho por el segundo y tercero de los criterios propuestos, al ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia).

restituci%3%B3n-y-condena-en-costas-si-la-cl%3%A1usula-se-declara-abusiva, p. 16; CASTILLO MARTÍNEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 186-187; M. J. MARÍN LÓPEZ, «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, p. 94).

SITUACIÓN JURÍDICA Y LITIGIO INTERNACIONAL.
REFLEXIONES EN TORNO A LA STJUE DE 3 JUNIO 2021,
C-280/20, REPUBLIKA BULGARIA

FACTUAL SITUATION AND INTERNATIONAL LEGAL
DISPUTE. REFLEXIONS ON ECJ 3 JUNE 2021, C-280/20,
REPUBLIKA BULGARIA

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido:10.11.2021 / Aceptado:02.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6679>

Resumen: Este trabajo analiza la sentencia del TJUE de 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* y a través de dicho estudio, pone de relieve que el Reglamento Bruselas I-bis debe aplicarse a todo litigio internacional en materia civil y mercantil suscitado ante los tribunales de los Estados miembros de la UE. En tal sentido, el TJUE distingue entre “situación jurídica” y “litigio”. Indica el TJUE que un litigio es transfronterizo o internacional si en el mismo está presente un elemento extranjero, cualquiera que sea su naturaleza, su importancia objetiva y su intensidad. Con ello el TJUE potencia el efecto útil del Reglamento Bruselas I-bis.

Palabras clave: competencia judicial, Reglamento Bruselas I-bis, elemento internacional, domicilio, seguridad jurídica, Derecho internacional privado europeo.

Abstract: This work analyses the judgment of the ECJ of 3 June 2021, C-280/20, *ZN v. Generalno konsultstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* and highlights that fact that the Brussels I-bis Regulation should apply to all international litigation in civil and commercial matters in the courts of all EU Member States. The paper emphasized that an important distinction between ‘legal situation’ and ‘dispute’ should be made. A dispute should be regarded as “cross-border” or “international” provided that a foreign element is present, regardless of its nature, objective importance and intensity. Accordingly, the ECJ enhances the “*effet utile*” of the Brussels I-bis Regulation.

Keywords: international jurisdiction, Brussels I-bis Regulation, foreign element, domicile, legal certainty, European private international law.

Sumario: I. Introducción. El caso objeto de la STJUE 3 junio 2021, C-280/20 y la solución del TJUE. II. El Reglamento Bruselas I-bis se aplica a “litigios” y no a “situaciones jurídicas”. 1. El largo alcance del Reglamento Bruselas I-bis. 2. Aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a los “litigios”. 3. Situación jurídica interna y litigio internacional. La paradoja de los gemelos. 4. Litigios transfronterizos y situaciones jurídicas subjetivamente internacionales. III. El carácter transfronterizo o internacional del litigio. 1. Aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a litigios internacionales o transfronterizos. 2. Inaplicación del Reglamento Bruselas I-bis a los litigios meramente internos. 3. Determinación del carácter transfronterizo del litigio. A) El silencio del Reglamento Bruselas I-bis. B) La tesis del elemento extranjero. C) La identificación del elemento extranjero. 3. Diferentes

supuestos de litigios transfronterizos a efectos del Reglamento Bruselas I-bis. A) Litigios entre partes que ostentan la nacionalidad del mismo Estado. La jurisprudencia *Bulgaria* (2021). B) Litigios entre partes con domicilio en el mismo Estado miembro. a) La jurisprudencia *Owusu* (2005). b) La jurisprudencia *Maletic* (2013). C) Litigios en el que el único elemento extranjero es la nacionalidad extranjera de una parte. La jurisprudencia *Hypotecni* (2011). D) Litigios entre partes con domicilio en diferentes Estados. a) Parte con domicilio en un Estado distinto de aquél cuyos tribunales conocen del asunto. La jurisprudencia *Parking* (2020) y *Bulgaria* (2021). b) Partes con domicilio en diferentes Estados pero tenían su domicilio en el mismo Estado miembro en el momento en el que nace la situación jurídica. c) Partes con domicilio en diferentes Estados distintos al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. E) Litigios cuyo único elemento extranjero está conectado con un tercer Estado. 4. La tesis del domicilio en diferentes Estados como único supuesto de litigación transfronteriza. III. Reflexiones conclusivas sobre la reciente jurisprudencia del TJUE en torno al carácter transfronterizo del litigio.

I. Introducción. El caso objeto de la STJUE 3 junio 2021, C-280/20 y la solución del TJUE

1. La STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* constituye un excelente banco de pruebas para comprobar el efecto útil de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado, así como, más en particular, el efecto útil del Reglamento Bruselas I-bis¹. Es éste el origen de todo el entramado de Reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Es el “Reglamento general” en el escenario del Derecho internacional privado europeo².

2. El supuesto que aborda la citada STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria* fue el siguiente. Una mujer de nacionalidad búlgara estaba domiciliada en Sofía (Bulgaria) y era titular de un permiso de residencia en España donde, en calidad de proveedor, prestaba servicios relacionados con la actividad del Consulado General de Bulgaria en Valencia, España. Dicha mujer presentó una demanda ante tribunales de Sofía (Bulgaria) en la que solicitaba, por una parte, el reconocimiento de su relación laboral y, por otra, el pago de una indemnización compensatoria por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas. Dicha mujer desarrollaba un trabajo de recepción de documentos en expedientes iniciados ante el consulado por nacionales búlgaros y con la tramitación de esos expedientes en virtud de seis contratos sucesivos celebrados con el Consulado General. La demanda se presentó ante tribunales de Sofía porque el art. 362 del Código de Trabajo búlgaro dispone que “*serán competentes para conocer de los litigios laborales entre trabajadores de nacionalidad búlgara que trabajen en el extranjero y empresarios búlgaros establecidos en el extranjero los tribunales de la ciudad de Sofía*”.

3. El Consulado General de Bulgaria, demandado, afirma que los tribunales búlgaros carecen de competencia internacional para conocer del litigio y que son los órganos jurisdiccionales españoles los

¹ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443]. El texto completo de la resolución puede consultarse en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242028&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9381110>. *Vid.* 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”. 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://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), dirigido por Javier Carrascosa.

² En tal sentido, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2020, tomo I, pp. 239-242.

que son competentes para conocer de asunto. Se basa, para ello, en que el Derecho búlgaro no es aplicable para determinar la competencia internacional de los tribunales búlgaros en este supuesto. Según el demandado, la cuestión se rige por el Reglamento Bruselas I-bis y, con arreglo a dicho texto legal, los tribunales españoles son competentes porque son los que corresponden al lugar donde la demandante desarrollaba su prestación laboral.

4. Aquí es donde radica la cuestión discutida: esta controversia afecta a un trabajador búlgaro y a un empresario búlgaro; el demandante está domiciliado en Bulgaria y existen grandes dudas relativas al país donde el demandado tiene su domicilio, pues se trata de un Consulado General de Bulgaria en Valencia, España, consulado que está integrado, como es lógico, en la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos exteriores de dicho país. Es claro, además, que la relación jurídica entre las partes “*está estrechamente vinculada con la República de Bulgaria*”³. Por otro lado, es cierto que el lugar de ejecución de la prestación laboral en España.

Si se considera que este litigio es “internacional” o “transfronterizo”, la determinación de la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros se regirá por el Reglamento Bruselas I-bis. Si, por el contrario, se considera que este litigio no presenta carácter internacional o transfronterizo, el Reglamento citado no es aplicable, de modo que la competencia de los tribunales búlgaros se rige por el Derecho búlgaro. Ésta es la cuestión: ¿es el litigio suscitado un litigio internacional o transfronterizo o es, por el contrario, un litigio meramente interno o enteramente nacional?

5. El TJUE zanja la controversia mediante tres argumentos que conviene separar, analizar y examinar *cum grano salis*, siempre, apuntan K. LENAERTS / TH. STAPPER, en su papel de desarrollo *quasi* normativo del Reglamento Bruselas I-bis⁴.

6. En primer lugar, el TJUE indica que el Consulado general, al igual que las Embajadas “*puede actuar iure gestionis y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado*” y que así “*ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público*”. En consecuencia, en el supuesto de hecho de esta STJUE 3 junio 2021, C-280/20, el litigio derivado de un contrato de trabajo está, en principio, comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis. La controversia, pues, tiene como objeto una materia civil y mercantil cubierta por el Reglamento. Nada que decir aquí: el TJUE se muestra coherente con su propia jurisprudencia en la que, de modo eficiente, queda claro que sólo cuando un Estado o autoridad estatal opera en el estricto ejercicio de su poder público, revestido de soberanía, puede estimarse que el litigio versa sobre materia de Derecho Público y que, por tanto, queda excluido del Reglamento Bruselas I-bis⁵. Son litigios entre personas

³ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 18.

⁴ K. LENAERTS / TH. STAPPER, „Die Entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber“, *RabelsZ*, 2014-1, pp. 252-293.

⁵ *Vid.* STJCE 14 octubre 1976, 29/76, *L.T.U. vs. Eurocontrol* [ECLI:EU:C:1976:137], *Recueil*, 1976, pp. 1541-1560; STJCE 16 diciembre 1980, 814/79, *Niederlande vs. Reinhold Rüffer* [ECLI:EU:C:1980:291], *Recueil*, 1980, pp. 3807-3837; STJCE 21 abril 1993, C-172/91, *Sonntag vs. Waidmann* [ECLI:EU:C:1993:144], *Recopilación*, 1993, pp. 1963-2003; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel*, [ECLI:EU:C:2002:555], *Recopilación*, 2002, p. I-8111 [ECLI:EU:C:2002:555]; STJCE 14 noviembre 2002, C-271/00, *Gemeente Steengergem vs. Luc Baten* [ECLI:EU:C:2002:656], *Recopilación*, 2002, p. I-10489; STJCE 15 mayo 2003, C-266/01, *Préservatrice foncière TIARD SA vs. Staat der Nederlanden* [ECLI:EU:C:2003:282], *Recopilación*, 2003, p. I-4867; STJCE 15 febrero 2007, C-292/05, *Eirini Lechouritou, Vasileios Karkoulis, Georgios Pavlopoulos, Panagiotis Brátsikas, Dimitrios Sotiropoulos, Georgios Dimopoulos vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias* [ECLI:EU:C:2007:102], *Recopilación*, 2007, p. I-1540; STJCE 28 abril 2009, C-420/07, *Meletis Apostolides vs. David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams* [ECLI:EU:C:2009:271], *Recopilación*, 2009, p. I-3571, FD 43; STJUE 11 abril 2013, C-645/11, *Land Berlin vs. Sapir, Busse, M. Birgansky, Rumney, Ben-Zadok, Brown* [ECLI:EU:C:2013:228], FD 3-38; STJUE 12 septiembre 2013, C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. Sunico ApS* [ECLI:EU:C:2013:545], FD 34; STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL - Lithuanian Airlines AS, en liquidación vs. Starptautiskā lidosta Rīga VAS* [ECLI:EU:C:2014:2319], FD 28-33; STJUE 11 junio 2015, C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13, *Stefan Fahnenbrock y otros* [ECLI:EU:C:2015:383]; STJUE 28 julio 2016,

privadas y autoridades públicas que actúan en el ejercicio de su poder público (*acta jure imperii*) y que, por tanto, utilizan prerrogativas extraordinarias otorgadas por normas de Derecho Público, prerrogativas que los particulares no pueden emplear. Tales controversias están excluidas del Reglamento Bruselas I-bis porque no son una “materia civil o mercantil”.

Debe recordarse que el art. 1.1 *in fine* RB I-bis afirma que el Reglamento no se aplicará, en particular, “a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*)”. Se trata de una materia que no constaba expresamente en el texto del Reglamento Bruselas I (2000) como materia excluida del mismo, pero que el TJUE consideraba ya excluida de dicho Reglamento⁶.

En efecto, el TJUE había indicado que los litigios entre personas privadas y autoridades públicas que actúan en el ejercicio de su poder público (*acta jure imperii*) no eran “materia civil o mercantil”, por lo que estaban excluidos implícitamente del Reglamento Bruselas I-bis. Así puede apreciarse en la STJUE 12 septiembre 2013, C-49/12, *Sunico*, FD 34)⁷. Ahora estos litigios están excluidos expresamente del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I-bis (art. 1.1 *in fine* RB I-bis).

Esta interpretación que amplifica el concepto de materia civil y mercantil y restringe el alcance de los actos cubiertos por el Derecho Público y por la excepción procesal de inmunidad de jurisdicción potencia el efecto útil del Reglamento Bruselas I-bis y fomenta la buena administración de la Justicia, así como el acceso a los tribunales en el Espacio Europeo de Justicia. El TJUE opera, así, como dinamizador del Derecho internacional privado positivo, en palabras de H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER⁸. Las actuaciones de los Estados que deben ser calificadas como actos *jure imperium* deben ser interpretadas restrictivamente. En el supuesto de la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*, el Consulado General de Bulgaria en Valencia contrata a una trabajadora para prestar servicios en los que no está implicada la soberanía de la República de Bulgaria. Es un contrato de servicios puramente administrativos y documentales. Si dicho contrato de trabajo genera un litigio, será un litigio regulado por el Derecho Privado, un litigio entre particulares, un litigio sometido al Reglamento Bruselas I-bis. Es cierto que este Reglamento no regula la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, que queda en las manos, no siempre afortunadas, explica B. HESS, de los Estados miembros⁹. No obstante debe dejarse ya claro que invocar esta excepción en este caso resulta inviable, pues no cabe hacerlo en litigios derivados de actuaciones del Estado realizadas *jure gestionis*¹⁰.

7. En segundo lugar, con arreglo al art. 20.2 RB I-bis, subraya el TJUE que, a pesar de que el demandado tiene su domicilio en Bulgaria, -lo que es indiscutible-, es cierto que posee un “establecimiento” en otro Estado miembro, España. En tal caso, tal y como establece el art. 20 RB I-bis, “se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento,

C-102/15, *Gazdasági Versenyhivatal vs. Siemens Aktiengesellschaft Österreich* [ECLI:EU:C:2016:607], FD 32-34; STJUE 15 noviembre 2018, C-308/17, *Hellenische Republik vs. Leo Kuhn* [ECLI:EU:C:2018:911], FD 32-36; STJUE 28 febrero 2019, C-579/17, *BUAK Bauarbeiter-Urlaubs- u. Abfertigungskasse vs. Gradbenišvo Korana d.o.o.* [ECLI:EU:C:2019:162], FD 46, 49-50; STJUE 7 mayo 2020, C-641/18, *LG y otros vs. Rina SpA* [ECLI:EU:C:2020:349], FD 34; STJUE 5 diciembre 2019, C-421/18, *Ordre des Avocats du barreau de Dinant vs. JN* [ECLI:EU:C:2019:1053], FD 22; STJUE 16 julio 2020, C-73/19, *Belgische Staat, vs. Movic BV, Events Belgium BV, Leisure Tickets & Activities International BV* [ECLI:EU:C:2020:568], FD 36.

⁶ Vid. Reglamento (CE) n. 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 (DOCE núm. 12, de 16 de enero de 2001), derogado por el vigente 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.

⁷ STJUE 12 septiembre 2013, C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vs. Sunico ApS* [ECLI:EU:C:2013:545].

⁸ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?”, *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

⁹ B. HESS, “Abgrenzung der acta iure gestionis und acta iure imperii: Der BGH verfehlt die völkerrechtliche Dimension der Staatenimmunität”, *IPRax*, 2018-4, pp. 351-355.

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA, “Introducción general al Convenio de Bruselas”, en A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 21-39, esp. p. 33: “el Convenio de Bruselas no contiene normas sobre jurisdicción”.

que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro”¹¹. Es decir, “por analogía, procede considerar que el consulado general constituye un «establecimiento» a efectos del Reglamento Bruselas I-bis”, pues dicho consulado general constituye y es percibido por terceros como un “centro de operaciones” que es “apto para asumir de manera autónoma derechos y obligaciones de Derecho civil”¹². Por tanto, cuando un consulado constituye un “establecimiento” de un Estado miembro (Bulgaria) en otro Estado miembro (España), debe considerarse “que una de las partes del litigio tiene su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional que conoce del asunto”¹³. El litigio enfrenta, pues, a un trabajador demandante con domicilio en Bulgaria y a un empresario demandado con un establecimiento en España, esto es, a una autoridad consular de Bulgaria “situada en el territorio de otro Estado miembro”, que es España¹⁴.

El argumento del TJUE es acertado: debe estimarse que un empresario (= el Ministerio de Asuntos exteriores de Bulgaria, en este caso), tiene su sub-domicilio en otro Estado miembro (= España) cuando dispone en el mismo de una agencia, establecimiento o sucursal, pues en España radica el Consulado General de Bulgaria en Valencia. Esto es cierto: el Consulado General de Bulgaria en Valencia puede considerarse un “establecimiento” del demandado radicado en España. Ahora bien, incurre en un error el TJUE porque cita la norma jurídica equivocada. En efecto, el TJUE alude al art. 20.2 RB I-bis y dicha norma está sólo prevista para empresarios con domicilio en un tercer Estado no miembro que disponen de una sucursal, agencia o establecimiento en un Estado miembro. La disposición legal en la que el TJUE debía haberse basado era el art. 20.1 *in fine* RB I-bis y por remisión de éste, el art. 7.5 RB I-bis¹⁵. Es la regla del llamado “sub-domicilio del demandado en la UE”¹⁶. Por tanto, a efectos prácticos, debe estimarse que la demandante está domiciliada en Bulgaria y que el demandado está domiciliado en España. Este litigio es transfronterizo porque presenta un elemento extranjero: el domicilio de una parte, en este caso el demandado, en un Estado distinto (España) a aquél ante cuyos tribunales se ha presentado la demanda (Bulgaria).

8. En tercer lugar, el TJUE hace notar que “los contratos de prestación de servicios de que se trata en el litigio principal se celebraron en España” y que el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas de tales contratos de trabajo era España¹⁷. Por tanto, estima el TJUE que también el lugar de ejecución del contrato de trabajo es un elemento extranjero en relación con los tribunales búlgaros. De ese modo, el litigio es también transfronterizo porque presenta un segundo elemento extranjero: el lugar de ejecución del contrato del que trae causa el litigio suscitado en Bulgaria se localiza en otro Estado, España. Lleva razón, de nuevo, el TJUE.

¹¹ Art. 20 RB I-bis: “1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1. | 2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro”.

¹² STJUE 3 junio 2021, C-280/20, ZN vs. *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valencia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 36.

¹³ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, ZN vs. *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valencia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 37.

¹⁴ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, ZN vs. *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valencia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 41.

¹⁵ Art. 20.1 RB I-bis: “1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1”. Art. 7.5 RB I-bis: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) 5) si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios”.

¹⁶ M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 135 «el foro de la sucursal funciona como una suerte de ‘pequeño domicilio’: es un foro intermedio entre el foro general y los foros especiales».

¹⁷ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, ZN vs. *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valencia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 38.

9. En estricta sintonía con los tres anteriores argumentos, pues, el TJUE afirma que este litigio enfrenta a un trabajador búlgaro, demandante, con domicilio en Bulgaria y a un empresario búlgaro, demandado, con establecimiento y por tanto domicilio en España y que el contrario debe ejecutarse en España. Por tanto, concluye el TJUE, el litigio suscitado ante los tribunales búlgaros presenta dos elementos extranjeros, el domicilio del demandado en otro Estado miembro (= España) distinto al Estado miembro cuyos tribunales están conociendo del asunto (= Bulgaria) y el lugar de ejecución del contrato (= España). Por ambas razones, el asunto litigioso tiene un carácter “transfronterizo” o “internacional” y, en consecuencia, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable. La competencia de los tribunales de los Estados miembros, en este supuesto, de los tribunales búlgaros, se debe determinar con arreglo a dicho Reglamento y no con arreglo al Derecho búlgaro. Derecho internacional privado europeo uno, Derecho internacional privado nacional cero.

II. El Reglamento Bruselas I-bis se aplica a “litigios” y no a “situaciones jurídicas”

1. El largo alcance del Reglamento Bruselas I-bis

10. El legislador europeo diseñó el Reglamento Bruselas I-bis con la intención de regular la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros en relación con la inmensa mayoría de supuestos de la litigación transfronteriza derivada de relaciones patrimoniales de Derecho privado, precisan K. LENAERTS / TH. STAPPER¹⁸. Por ello, el Reglamento Bruselas I-bis se aplica con independencia de diversos factores, lo que potencia su efecto útil.

En primer término, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable a toda persona sea cual sea su nacionalidad y, por supuesto, no se aplica exclusivamente a los nacionales de un Estado miembro, sino a toda persona, demandante o demandado, cualquiera que sea su nacionalidad.

En segundo término, el Reglamento se aplica con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional cuya competencia internacional se trata de determinar. Es decir, resulta indiferente el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal que conoce del asunto (art. 1.1 RB I-bis). Por ello, el Reglamento Bruselas I-bis también se aplica a las acciones civiles de las que conoce un tribunal del orden jurisdiccional penal (STJCE 21 abril 1993, C-172/91, *Sonntag*; STJCE 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*)¹⁹.

En tercer lugar, también el carácter de la acción ejercitada es irrelevante. El Reglamento Bruselas I-bis se aplica a las acciones ejercitadas de modo individual y a las acciones colectivas (STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*)²⁰.

En cuarto término, el Reglamento Bruselas I-bis se aplica en relación a todo “tipo de proceso”: “proceso declarativo”, “proceso ejecutivo”, “juicio monitorio (de Derecho interno)” (ATS 21 julio 2008 [el art. 813 LEC es una norma de competencia territorial interna que no regula la competencia judicial internacional]), “procesos especiales”, “juicio cambiario” y adopción de “diligencias preliminares” (*vid.* art. 256 LEC). Así lo indica la jurisprudencia española (AAP Las Palmas 13 marzo 2020 [diligencias preliminares y pleito internacional]: AAP Islas Baleares 23 septiembre 2008 [diligencias preliminares a acordar en España contra empresa portuguesa y arts. 7.1 y 35 RB-I 2000])²¹.

¹⁸ K. LENAERTS / TH. STAPPER, „Die entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber“, *RabelsZ*, 2014-1, pp. 252-293.

¹⁹ STJCE 21 abril 1993, C-172/91, *Sonntag vs. Waidmann* [ECLI:EU:C:1993:144], *Recopilación*, 1993, pp. 1963-2003; STJCE 28 marzo 2000, C-7/98, *Dieter Krombach vs. André Bamberski* [ECLI:EU:C:2000:164], *Recopilación*, 2000, p. 1-1935.

²⁰ STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation vs. Karl Heinz Henkel* [ECLI:EU:C:2002:555], *Recopilación*, 2002, p. I-8111.

²¹ *Vid.* ATS 21 julio 2008 [JUR 2008\320356], AAP Las Palmas 13 marzo 2020 [ECLI:ES:APGC:2020:81A]; AAP Islas Baleares 23 septiembre 2008 [CENDOJ 07040370032008200069].

2. Aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a los “litigios”

11. El Reglamento Bruselas I-bis se aplica para determinar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE en relación con los litigios que reúnan estos dos caracteres: a) Litigios “internacionales”; b) Litigios cuyo objeto principal sea una “materia civil y mercantil”.

12. Sin embargo, antes de analizar el carácter “internacional” o “transfronterizo” del litigio, resulta necesario, pertinente y oportuno detenerse en una distinción clave. En realidad, el Reglamento no se aplica a “situaciones jurídicas”. No se aplica a los “contratos”, a los “daños”, a las “sociedades de capital”. Se aplica a “litigios” o “procedimientos jurisdiccionales” en materias civiles y mercantiles. Por ello conviene diferenciar entre “situaciones jurídicas” y “litigios”. Porque puede existir una situación jurídica sin litigio. Por ejemplo, un contrato internacional de *leasing* que, tras ciertas desavenencias, termina con un acuerdo extrajudicial entre las partes o no genera ninguna controversia entre las partes. Sin embargo, no puede existir un litigio sin una situación jurídica. El litigio siempre se suscita sobre una concreta situación jurídica, sobre una específica relación jurídica entre las partes. La situación jurídica es una relación entre las partes que resulta relevante para el Derecho. El litigio es una situación jurídica que se ha vuelto conflictiva entre partes y que precisa, las más de las veces, determinar, con carácter previo, la autoridad que va a resolverla. Las normas de competencia recogidas en el Reglamento Bruselas I-bis se aplican a los litigios internacionales cuyo objeto principal es un materia civil o mercantil y se aplica con el solo objetivo de determinar los cuáles son los tribunales que disponen de competencia para conocer del litigio en la Unión Europea.

13. El Reglamento Bruselas I-bis sólo se aplica si existe un “litigio”. Lo confirman numerosos preceptos del Reglamento aluden a los “litigios” como objeto de regulación por parte del mismo. El art. 7 RB I-bis en sus apartados 5, 6 y 7 se refiere a “*litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento*”, “*litigios entablados contra el fundador, trustee o beneficiario de un trust...*”, “*un litigio relativo al pago de la remuneración reclamada en razón del auxilio o el salvamento...*”. Del mismo modo, el art. 11.2 RB I-bis se refiere a “*los litigios relativos a su explotación*”, como hace también el art. 27 RB I-bis, que recuerda que “*el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca a título principal de un litigio para el que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean exclusivamente competentes en virtud del artículo 24 se declarará de oficio incompetente*”.

También distintos “considerandos” del Reglamento Bruselas I-bis confirman que éste se aplica a los “litigios”. Así, el Considerando (13) RB I-bis afirma que “[d]ebe existir una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros...”. El Considerando (15) RB I-bis indica que “... [l]a competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión...”. El Considerando (16) RB I-bis se refiere a “... la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio...” y a “los litigios relativos a obligaciones no contractuales ...”. Por otro lado, el Considerando (24) RB I-bis afirma que “[a] la hora de apreciar la buena administración de justicia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate debe valorar todas las circunstancias del asunto de que conoce”. No hay que olvidar tampoco el Considerando (22) RB I-bis, cuyo texto alude a “*al litigio de que conoce*” un tribunal de un Estado miembro. También el Considerando (26) RB I-bis, que se refiere a “*la voluntad de reducir la duración y los costes de los litigios transfronterizos...*”, debe tenerse presente. Esta reiteración en los “considerandos” citados permite afirmar que la intención del legislador europeo es clara en dicho sentido, pese a que tales declaraciones presenten, en principio, sólo un valor interpretativo, como ha explicado M. REQUEJO²². Esta exigencia es más que una interpretación: es un presupuesto de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis.

²² M. REQUEJO, “Reflections on the Preambles to the EU Private International Law Regulations”, *Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Professor Dr. Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking Verlag, 2018, pp. 426-439.

3. Situación jurídica interna y litigio internacional. La paradoja de los gemelos

14. Una situación jurídica, un supuesto regulado por el Derecho, puede carecer, al principio, de elementos extranjeros. Ejemplo: un ciudadano alemán adquiere bienes de otro ciudadano alemán en Alemania. Ambos residen habitualmente en Alemania y todas las obligaciones nacidas del contrato deben ejecutarse también en Alemania. No hay duda: el supuesto no es internacional. Es una situación jurídica puramente interna, puramente alemana. Todos sus elementos están conectados con Alemania y sólo con Alemania. Es objeto del Derecho civil alemán: el Derecho internacional privado no tiene nada que decir en relación con este supuesto. Se trata de una situación jurídica situada en Alemania en el tiempo y en espacio: en el momento de celebrarse el contrato (= tiempo) todos los elementos del supuesto están conectados con Alemania (= espacio).

15. Sin embargo, con el paso del tiempo, una situación jurídica interna puede dar lugar a un litigio internacional. Ya en 1977, en su célebre curso, P. LALIVE afirmaba que, con el paso del tiempo, una situación jurídica interna puede adquirir elementos extranjeros y transformarse en una situación jurídica internacional y por ello el Derecho internacional privado debe siempre adoptar una «posición dinámica» en relación con el carácter internacional de las situaciones jurídicas reguladas²³. Ahora se trata de recorrer un paso más. Se trata de afirmar que la situación jurídica nació sin elementos extranjeros y permanece sin elementos extranjero pero el transcurso del tiempo ha hecho que, cuando surge el «litigio», este sí muestre ahora elementos extranjeros. Es aquí donde el espacio y el tiempo se curvan, se flexionan y dan lugar a dos realidades que coexisten al mismo tiempo en el universo del Derecho internacional privado: una situación jurídica «interna» que genera un litigio «internacional». Es algo similar a lo que se verifica, en el campo de la física, con la famosa «paradoja de los gemelos». ALBERT EINSTEIN demostró que, para un objeto que alcanza una velocidad cercana a la velocidad de la luz, el tiempo transcurre más despacio que para otro objeto que permanece estático. Pues bien, dos gemelos de 30 años viven en la Tierra. Uno de ellos se embarca en un viaje espacial que se desarrolla a una muy elevada velocidad, casi a la velocidad de la luz. Transcurren 20 años para el gemelo que queda en la Tierra. Al aterrizar su hermano gemelo, se comprueba que, para éste, han pasado tan sólo dos años. El gemelo que permaneció en la Tierra tiene ahora 50 años. El gemelo que viajó al espacio tiene, sin embargo, 32 años. En el Derecho internacional privado puede suceder, -y de hecho sucede-, algo similar: el paso del tiempo puede hacer que una situación jurídica enteramente nacional o interna permanezca así, como una situación puramente nacional pero, al mismo tiempo, dé lugar a un litigio internacional o transfronterizo.

En efecto, las partes en la relación jurídica enteramente interna pueden haber trasladado su domicilio a otro Estado. En el caso antes expuesto, -una compraventa cuyos elementos son todos ellos alemanes-, el vendedor mantiene su domicilio en Alemania, pero el comprador ha trasladado su domicilio a España. De ello resulta que cuando nace el «litigio», la «controversia», el «asunto», resulta que los litigantes tienen su domicilio en Estados diferentes. Pues bien, no cabe duda de que el litigio es «transfronterizo» o «internacional». Por ello es conveniente distinguir entre «situación jurídica» o «supuesto», por un lado, y «litigio» o «asunto», por otra parte.

16. Esta distinción entre “situaciones jurídicas” y litigios” se aprecia con claridad y brillantez en la perspicaz sentencia dictada por el tribunal di Novara (Italia) de 28 junio 2017. Se trataba de un contrato de compraventa de mercaderías entre una sociedad alemana y un ciudadano alemán residente en Alemania en el momento de la celebración del contrato. Posteriormente, el ciudadano alemán traslada su domicilio a Italia y es demandado ante tribunales de dicho país. Un litigante afirma que el Reglamento Bruselas I-bis no es aplicable, pues sostiene que la “situación jurídica” no presenta elementos extranjeros: todos sus elementos están conectados con Alemania y sólo con Alemania. El otro litigante

²³ P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol.155, pp. 1-424, esp. p. 22: «Dans une perspective dynamique, on le voit, toute situation «purement interne» paraît susceptible d'intéresser le droit international privé par l'acquisition, au cours du temps, d'un ou plusieurs caractères d'extranéité (...)».

sostiene que el “litigio” es “internacional” o “transfronterizo”, ya que el demandante está domiciliado en Alemania y el demandado lo está en Italia. ¿Quién tiene razón? Ambos la tienen. La situación jurídica es nacional o interna, pero el litigio es “internacional” o “transfronterizo”²⁴.

17. El tribunal de Novara afirma, con toda la razón, que el litigio es “transfronterizo”: demandante está domiciliado en Alemania y el demandado lo está en Italia. Por ello, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable, porque es preciso concretar qué tribunales son competentes para decidir el fondo del litigio, los alemanes o los italianos. Dicho Reglamento resolverá esta cuestión: el art. 4 RB I-bis indica que los tribunales italianos son competentes porque el demandado está domiciliado en Italia en el momento de presentarse la demanda.

18. Sin embargo, el tribunal de Novara sostiene, al mismo tiempo, que, aunque el “litigio” es “transfronterizo”, la “situación jurídica” sigue siendo “puramente alemana”, es un supuesto puramente interno y no “internacional”. En efecto, al tratarse de una situación jurídica puramente interna, -pues todos sus elementos son “alemanes”-, la Ley aplicable al mismo debe ser, pese a que el litigio se suscita en Italia, la ley del único país con el que está vinculada tal situación, esto es, la Ley alemana.

19. Para un juez italiano, el litigio es internacional y la determinación de los tribunales competentes debe realizarse con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis. Sin embargo, al mismo tiempo, la situación jurídica es puramente interna, es una situación que sólo presenta contactos con un país, Alemania.

En efecto, todos los datos y elementos de la situación jurídica son “alemanes”. No obstante, para el juez italiano se trata ésta de una “situación jurídica completamente extranjera”, esto es, de una situación relativamente internacional, como con brillantez explicó P. MAYER²⁵. A los ojos del juez italiano el supuesto es “alemán” y por tanto para él, es un caso vinculado con otro país. Para dicho juez, el caso es extranjero. Por tanto, al presentar, desde su perspectiva, contactos con otro país, -Alemania en este caso-, para el juez italiano el supuesto es internacional. Muy internacional.

En este caso, el Reglamento Roma I es aplicable, porque la situación suscitada ante los jueces italianos presenta contactos con Alemania y se suscita un “conflicto de leyes” en los términos del art. 1.1 RR-I²⁶. El Reglamento Roma I, de todos modos, conduce necesariamente a la aplicación del Derecho alemán, porque a falta de elección de Ley por las partes, el art. 4.1.a) RR-I remite al Derecho del país donde el vendedor tiene su residencia habitual: Alemania. En efecto, con arreglo al art. 19.3 RR-I, “[l]a residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”. Por tanto, si en dicho momento ambas partes tienen su residencia habitual en el mismo país, Alemania, el Derecho alemán es aplicable.

Por otro lado, para la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980, este supuesto no es “internacional” aunque se suscite ante juez italiano. Se trata, es obvio, de una compraventa de mercaderías, pero no de una compraventa “internacional” de mercaderías en el sentido que exige la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980. El art. 1.2 de dicho texto deja claro que el mismo no se aplica a las compraventas en las que las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado en el momento de celebración del contrato²⁷. Es

²⁴ Sentencia del tribunale di Novara (Italia) 28 junio 2017, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 614-616.

²⁵ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 3-4.

²⁶ Art. 1.1 RR-I: “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”.

²⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980 (BOE núm.26 de 30 enero 1991 y corr. errores BOE núm.282 de 22 noviembre 1996). El art. 1 de dicho convenio internacional indica: “1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante. |2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los

decir, a los ojos de dicha convención internacional, a los efectos de la misma, el contrato citado no es un contrato de compraventa “internacional”, razón por la que dicho texto normativo no resulta aplicable. En realidad, el art. 1 de la misma fija el “elemento extranjero concreto” que debe concurrir en una compraventa de mercaderías para que ésta quede sujeta a dicha convención internacional. Por ello, cuando esta Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 abril 1980 requiere para su aplicación que los contratantes posean sus establecimientos en Estados partes diferentes, tal circunstancia internacional exigida es presupuesto de la aplicación de dicho texto normativo internacional. No se quiere decir con ello que, *a sensu contrario*, una compraventa entre empresas cuyos establecimientos se hallan en España y que recaiga sobre una partida de mercancías sita en Alemania, no sea internacional. Lo es, naturalmente que es una compraventa internacional, y por tanto deberá ser regulada por el Derecho internacional privado español. Sin embargo, al no verificarse la circunstancia exigida por la convención referida para su propia aplicación, ésta no será aplicable, aunque sí el resto de las normas del Derecho internacional privado español aplicables al contrato en cuestión.

En suma, la compraventa en cuestión, objeto del litigio ante el juez de Novara, Italia, se rige por el Derecho alemán. Es un supuesto interno, puramente nacional, pues sólo muestra conexiones con Alemania. Por ello, el juez italiano aplica el Reglamento Roma I, que le conduce al Derecho alemán, y no aplica la citada Convención de Viena de 11 abril 1980.

20. Por otro lado, esta distinción entre „situación jurídica interna“ que desemboca en un litigio internacional ha sido también expresamente asumida por el TJUE en su STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.*, FD 49²⁸. Un banco con sede en Alemania y un consumidor también con sede en Alemania firman un contrato de cuenta corriente. Pasado un tiempo, el consumidor traslada su domicilio a Suiza y el banco demanda al consumidor tas un fuerte descubierto de su cuenta. El contrato (= la „situación jurídica“) es puramente interna o nacional (= todo es alemán en el contrato en el momento de su firma), pero el litigio es ahora internacional, pues enfrenta a partes con domicilio en Estados diferentes.

21. Este resultado es consecuencia del transcurso del tiempo. La situación jurídica nació como un supuesto nacional, sin elementos extranjeros y seguirá siempre siendo un supuesto sin elementos extranjeros. Ahora bien, el transcurso del tiempo ha cambiado las circunstancias de la relación litigiosa entre las partes: ahora, los litigantes están domiciliados en Estados distintos, por lo que, aunque el supuesto es “nacional” o “meramente interno” (= es el gemelo que se quedó en la Tierra), el litigio es “transfronterizo” (= es el gemelo que viajó al espacio exterior y ahora regresa transformado en un litigio transfronterizo).

4. Litigios transfronterizos y situaciones jurídicas subjetivamente internacionales.

22. Como con claridad meridiana y talento jurídico sobresaliente expone P. MAYER, existen situaciones jurídicas vinculadas exclusivamente con un país pero que generan un litigio que se suscita ante tribunales de otro Estado distinto. Se trata de situaciones jurídicas que son “internacionales” sólo para la autoridad que conoce de la misma²⁹. Se trata de las conocidas como “relaciones jurídicas subjetiva-

tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. | 3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

²⁸ STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O* [ECLI:EU:C:2021:784] FD 49: “A este respecto, como también ha señalado la Comisión, ninguna de las tres hipótesis contempladas en el artículo 15, apartado 1, del Convenio de Lugano II menciona la necesidad de que la actividad ejercida deba presentar un elemento de extranjería en la fecha de celebración del contrato”.

²⁹ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 3-4; “L’expression ‘relation internationale’, couramment utilisée, est ambiguë. Il convient donc de lever l’équivoque. La relation internationale peut d’abord être définie comme celle présente à l’organe étatique qui la contemple -juge, officier de l’état civil, notaire, préfet- un élément

mente internacionales”, puesto que su carácter internacional depende del punto de vista de la autoridad que debe resolver el litigio. Así, un contrato de compraventa concluido en Francia entre dos empresas francesas y a ejecutar en Francia es una situación privada “internacional” para un tribunal español, ya que todos los elementos de esta situación están conectados con otro país que no es España. Sin embargo, a los ojos de un juez francés, la situación no presenta ni contiene ningún elemento extranjero: es un “contrato enteramente francés”.

23. Pues bien, como se ha visto, las situaciones jurídicas íntegramente nacionales pueden suscitar litigios internacionales y en tal supuesto, se presentan como situaciones jurídicas subjetivamente internacionales. Así, un contrato de compraventa concluido en Francia entre dos empresas francesas y a ejecutar en Francia es una situación privada “subjetivamente internacional” para un tribunal español. Para éste, es una “situación jurídica no española”. En tal caso, dicho tribunal español debe aplicar las normas de Derecho internacional privado europeo y español que regulen el supuesto. Es decir, las situaciones jurídicas subjetivamente internacionales también deben ser reguladas por el Derecho internacional privado porque suscitan una duda sobre la Ley que debe regularlas y las autoridades que deben resolverlas³⁰. Como resultado de este enfoque, en los supuestos de situaciones jurídicas internas que dan lugar a litigios internacionales o transfronterizos, el tribunal que conoce del litigio debe aplicar las normas de Derecho internacional privado vigentes en su país y no directamente el Derecho del país con el que la situación jurídica está únicamente vinculada. De todos modos y como es lógico, en estos supuestos, las normas de Derecho internacional privado suelen conducir a la aplicación de tal Derecho. Así, en un contrato de compraventa de mercaderías concluido en Francia entre dos empresas francesas y que debe cumplirse en Francia, si el comprador no paga y traslada su domicilio a España, los tribunales españoles son competentes para conocer de las reclamaciones de pago del vendedor (art. 4 RB I-bis). Pues bien, la Ley aplicable a dicho contrato será la Ley francesa porque el art. 4.1.a) RR-I conduce a la aplicación de la Ley del país donde el vendedor tiene su residencia habitual, Francia.

d'extranéité, c'est-à-dire un élément par lequel elle est en contact, serait-ce partiellement, avec un ordre juridique étranger. Par exemple, la relation entre deux époux italiens, domiciliés en France, appréciée par un juge français, est une relation internationale, et l'élément d'extranéité réside dans la nationalité des époux. Peuvent constituer un élément d'extranéité, aux yeux des organes français, le domicile à l'étranger d'un sujet de droit, sa nationalité étrangère, la situation d'un bien sur le territoire d'un pays étranger, la conclusion à l'étranger d'un contrat, etc. La notion de relation internationale est ici subjective, car, selon le point de vue adopté, l'identité de l'élément d'extranéité change: pour un juge italien la relation des deux Italiens domiciliés en France est internationale par le domicile et non par la nationalité. Bien plus, si une relation est entièrement rattachée à un seul ordre juridique, elle apparaîtra internationale à tous les autres ordres juridiques, mais non à celui-ci plus, si une relation est entièrement rattachée à un seul ordre juridique, elle apparaîtra internationale à tous les autres ordres juridiques, mais non à celui-là”. Las tesis de P. MAYER se encuentran analizadas con excepcional atención en el inmarcesible y ya citado curso de P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol.155, pp. 1-424, esp. pp. 19-25.

³⁰ En tal sentido, de nuevo, P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 4-5: «Est-il légitime de qualifier d'internationale une relation rattachée à un seul ordre juridique étranger ? Le terme «étrangère» semblerait mieux convenir. Mais on observera qu'une relation n'est susceptible de paraître étrangère que si l'organe d'un pays autre que celui dont elle est originaire est saisi; elle a donc été, par sa soumission à cet organe, internationalisée. Toutefois, on n'ira pas jusqu'à dire qu'elle est objectivement internationale, car la saisine de l'organe est un élément extrinsèque qui n'affecte pas la substance même de la relation; elle peut seulement être dite subjectivement internationale. D'un point de vue objectif, au contraire, est internationale la relation qui met en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques (ces éléments étant ceux qui ont été définis comme pouvant constituer des éléments d'extranéité)... Il faut et il suffit, pour que le droit international privé entre en jeu, que la relation soit subjectivement internationale, c'est-à-dire qu'elle présente à l'organe étatique saisi -on supposera désormais qu'il s'agit d'un organe français- un élément d'extranéité. En particulier, c'est cet élément qui doit faire envisager l'éventualité d'appliquer une loi autre que la loi française et qui suscite un doute sur la compétence des tribunaux français dans leur ensemble, ainsi que sur celle des organes non judiciaires français. Mais le caractère objectivement international que présente éventuellement la relation rend plus complète l'intervention du droit international privé. D'abord, elle sera certaine avant toute saisine d'un juge, puisque, quel que soit celui auquel on s'adressera, elle lui présentera un élément d'extranéité. Ensuite, elle pourra revêtir une forme originale, se traduisant notamment par l'élaboration de régies de fond spéciales”. También A.-L. CALVO CARAVACA, “Noción y contenido del Derecho internacional privado”, *RGD*, núms.508-509, 1987, pp. 5-31, esp. p. 10; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (fraccionamiento vs. unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp.34-36, 214-216, y 307-309.

III. El carácter transfronterizo o internacional del litigio.

1. Aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a litigios internacionales o transfronterizos.

24. En la estructura y en el espíritu del Reglamento Bruselas I-bis es claro que éste se aplica solamente a litigios “internacionales” o “transfronterizos”. Varios datos explican y justifican una aplicación del citado Reglamento circunscrita, exclusivamente, a los litigios internacionales.

En primer lugar, el art. 81 TFUE, del que deriva el Reglamento Bruselas I-bis, se refiere a las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil “*con repercusión transfronteriza*”. El Reglamento Bruselas I-bis es un resultado del art. 81 TFUE y sólo tiene sentido, como es obvio, en el ámbito de los litigios internacionales.

En segundo lugar, el Preámbulo del Convenio de Bruselas, antecedente último del Reglamento Bruselas I-bis, se refería también a la necesidad de que el litigio fuera internacional para que dicho convenio fuera aplicable: “*Considerando que es importante, a este fin, determinar la competencia de sus jurisdicciones en el orden internacional, facilitar el reconocimiento y establecer un procedimiento rápido al objeto de garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales*”³¹.

En tercer lugar, los Cons. [3] y [26] RB I-bis emplean las expresiones “*asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas*” y “*litigios transfronterizos*” para designar el objeto de regulación del Reglamento Bruselas I-bis³².

25. Por tanto, como ya indicó el inmarcesible Informe JENARD al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968 y tal y como confirma la mejor doctrina, el Reglamento Bruselas I-bis sólo puede ser operativo, sólo debe cubrir y sólo debe aplicarse a los litigios que suscitan una repercusión transfronteriza³³. En consecuencia, puede afirmarse que el Reglamento Bruselas I-bis sólo es aplicable para precisar la

³¹ *Vid.* Convenio de Bruselas (CEE) de 27 septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su protocolo anejo (DOCE núm.C 189/3 de 28 de julio de 1990 -versión codificada- y BOE núm.24 de 28 de enero de 1991, corr.ert. BOE 30 de abril de 1991), texto normativo que no está derogado, sino desplazado por el Reglamento 1215/2012 en su ámbito de aplicación. *Vid.* D. ALEXANDRE / A. HUET, «Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)», *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, junio 2010, pp. 1-75.

³² Considerando (3) RBI-bis: “*La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, entre otros medios facilitando el acceso a la justicia, en particular gracias al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*”. Considerando (26) RB I-bis: “*La confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno. Además, la voluntad de reducir la duración y los costes de los litigios transfronterizos justifica la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el Estado miembro requerido. Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido*”.

³³ Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968) elaborado por el Sr. P. JENARD, Director en el Ministerio belga de Asuntos Exteriores y del Comercio, en DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180: “*Tal y como se destaca en el cuarto párrafo del preámbulo, el Convenio determina la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes «en el orden internacional». Sólo modifica las normas de competencia vigentes en cada uno de los Estados contratantes si se revela un elemento de extranjería. Esta noción no está definida, por poder depender el carácter internacional de la relación jurídica de circunstancias que son propias del litigio presentado ante el tribunal. Si se trata de un proceso presentado ante un tribunal de un Estado contratante y que se refiere únicamente a personas domiciliadas en dicho Estado, en principio, el Convenio no deberá desempeñar papel alguno; lo único que hace el artículo 2 es remitir a las reglas de competencia vigentes en dicho Estado. No obstante, podría ocurrir que un litigio de este tipo presente un aspecto internacional. Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de que el demandado fuera extranjero, hipótesis en la cual se podría aplicar el principio de asimilación previsto en el párrafo 2 del artículo 2, o si el litigio se refiriera a una materia para la cual existe una competencia exclusiva en otro Estado (artículo 16) o también si hubiera litispendencia o conexidad con una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (artículos 21 a 23) (...)*”. D. ALEXANDRE / A. HUET, «Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)», *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, junio 2010, pp. 1-75, esp. p. 9: «*Encore faut-il, pour que*

competencia de los tribunales de los Estados miembros en relación con los litigios “internacionales”, también llamados “*asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas*” o “*litigios transfronterizos*”.

2. Inaplicación del Reglamento Bruselas I-bis a los litigios meramente internos.

26. La determinación de la competencia de los tribunales en los litigios “meramente internos” o “totalmente nacionales” no se rige por el Reglamento Bruselas I-bis, sino por el Derecho Procesal nacional de cada Estado miembro. Así lo sugiere la mejor doctrina y así también lo ha indicado el TJUE al menos en dos ocasiones relevantes³⁴.

En un primer momento, en la STJCE 28 marzo 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. vs. City of Glasgow District Council*, el TJUE declaró que el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, entonces vigente, no era aplicable a un litigio relativo al litigio derivado del presunto incumplimiento de unos contratos de *swap* en el que todos los elementos del mismo estaban conectados con un solo Estado miembro, entonces el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En el litigio se discutía, exclusivamente, si eran competentes los tribunales ingleses o los escoceses. Pues bien, el TJUE señaló que el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 no era aplicable para solventar tal cuestión, pues el litigio en cuestión no presentaba un carácter internacional³⁵.

En un segundo momento, la STJUE 3 abril 2019, C-266/18, *Aqua Med*, FD 45, deja claro que el Reglamento no se aplica a asuntos que no constituyen “*situaciones transfronterizas*”, asuntos “*que se caracterizan por la inexistencia de indicios de una situación transfronteriza*”³⁶. Por tanto, la distinción entre “litigios internos” y “litigios transfronterizos” es capital para la aplicación correcta del Reglamento Bruselas I-bis.

27. Se confirma, así, por el mismo texto del Reglamento Bruselas I-bis, la jurisprudencia del TJUE sobre el mismo y la mejor doctrina, que el Reglamento citado no sigue una óptica unilateralista y normativista según la cual las normas de competencia recogidas en dicho Reglamento deberían marcar el alcance espacial de las jurisdicciones de los Estados miembros en relación con toda situación jurídica, ya sea interna o internacional. El Reglamento es un instrumento normativo de Derecho internacional privado y como tal, sólo cubre situaciones privadas internacionales. De ese modo, señala J. MEEUSEN, el Reglamento desarrolla la lógica jurídica de la globalización, puesto que ofrece soluciones no nacionales, sino europeas, a la cuestión de la determinación de los tribunales competentes en casos de litigación transfronteriza³⁷. Soluciones que persiguen potenciar una litigación ágil y eficiente para los particulares a fin de disminuir el riesgo de incumplimiento de los contratos internacionales y el riesgo de producir daños a terceros. Son soluciones que no buscan satisfacer el interés público, -y lógicamente unilateral y egoísta-, de los Estados miembros.

la Convention ou le Règlement s'applique, que le rapport juridique de nature civile ou commerciale se situe «dans l'ordre international» (Convention, préambule; le Règlement est muet à cet égard, mais l'article 65 du Traité de la CE qui lui sert de fondement évoque «les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière». En el mismo sentido, S. POILLOT-PERUZZETTO, «Commentaire Cass., com., 30 janvier 2001: compétence, convention de Bruxelles, internationalité», *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 539.

³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA (DIR.), «Art. 17 del Convenio de Bruselas», *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Un. Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 343-371, esp. p. 350; B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n. 517, pp. 413-414: «*Lorsque le litige porté devant un for d'un État contractant est dénué de tout élément d'extranéité, le Règlement est sans portée sur lui; seules s'appliquent les règles de compétence internes*».

³⁵ STJCE 28 marzo 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. vs. City of Glasgow District Council*, *Recopilación*, 1995, pp. 615-642 [ECLI:EU:C:1995:85].

³⁶ STJUE 3 abril 2019, C-266/18, *Aqua Med sp. z o.o. vs. Irena Skóra*, [ECLI:EU:C:2019:282].

³⁷ J. MEEUSEN, “The ‘logic of globalization’ versus the ‘logic of the internal market’: a new challenge for the European Union”, *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2020, 4, pp. 19-29.

3. Determinación del carácter transfronterizo del litigio

A) El silencio del Reglamento Bruselas I-bis

28. Es preciso detenerse en la determinación del carácter transfronterizo del litigio, pues de ello depende la aplicación, o no, como se ha subrayado, del Reglamento Bruselas I-bis a un concreto litigio.

29. El Reglamento Bruselas I-bis no define expresamente qué debe entenderse por “litigios transfronterizos”. Este silencio del legislador europeo ha sido y es recordado con frecuencia por la jurisprudencia del TJUE (STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*, FD 30; STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking*, FD 33)³⁸. Ello ha hecho que la cuestión de la determinación del carácter “internacional” de los litigios regulados por el Reglamento Bruselas I-bis sea una cuestión controvertida en jurisprudencia y doctrina. Es la polémica que no cesa, el auténtico Cabo de las Tormentas del Reglamento Bruselas I-bis.

B) La tesis del elemento extranjero

30. Para integrar la laguna del texto legal, el TJUE siguió, desde un primer momento la clásica “tesis del elemento extranjero” (*Foreign Element Theory*) para detectar la presencia de un litigio “internacional” o “transfronterizo”. A tenor de dicha tesis, son “litigios internacionales” o “transfronterizos” a efectos del Reglamento Bruselas I-bis, aquéllos que presentan algún “elemento de extranjería”. Así se percibe en su jurisprudencia.

31. Ya en la STJCE 28 marzo 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. vs. City of Glasgow District Council*, antes citada, el TJUE dejó más que claro que, para la aplicación del Convenio de Bruselas era preciso que el litigio estuviera conectado con varios países³⁹. La determinación de los tribunales competentes en relación con un litigio derivado de unos contratos de *swap* en el que todos los elementos del mismo estaban conectados con un solo Estado miembro, el Reino Unido, no se regía por el Convenio de Bruselas, pues el litigio era meramente interno.

32. Paradigmática y ejemplar resulta la STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, FD 26, en la que el TJUE indica que “... el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio. Así, el hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido, por ejemplo, a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producido en el segundo Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate”⁴⁰.

33. El Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (pleno), de 7 febrero 2006, titulado “Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” afirma, en su FD 62, que “El Parlamento (...) concluye que el acuerdo previsto se inscribe íntegramente en el objeto de

³⁸ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443], FD 30: “Por lo que respecta, en segundo lugar, al elemento de extranjería cuya existencia condiciona la aplicabilidad del citado Reglamento, procede señalar que el Reglamento n.º 1215/2012, aunque utiliza, en sus considerandos 3 y 26, el concepto de «litigios transfronterizos», no contiene ninguna definición a este respecto”; STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, [ECLI:EU:C:2020:351], FD 33: “Si bien es cierto que el Reglamento n.º 1215/2012, a pesar de utilizar el concepto de «litigios transfronterizos» en sus considerandos 3 y 26, no define tal concepto...”.

³⁹ STJCE 28 marzo 1995, C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. vs. City of Glasgow District Council*, Recopilación, 1995, pp. 615-642 [ECLI:EU:C:1995:85].

⁴⁰ STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, Recopilación, 2005, p. I-1445 [ECLI:EU:C:2005:120].

*dicho Reglamento, a saber, un conjunto de normas para determinar, en los litigios transfronterizos, la competencia judicial y los requisitos de reconocimiento y de ejecución en los Estados vinculados por el acuerdo y por el Reglamento de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y que, por tanto, la Comunidad es competente con carácter exclusivo para su celebración*⁴¹.

34. La STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční*, FD 29-33, es quizás la sentencia más terminante y expansiva al respecto. Basta, afirma el TJUE, que el demandado tenga nacionalidad de otro país distinto al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, para considerar que el litigio es “transfronterizo” y que, en consecuencia, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable. Indica el TJUE que “... la aplicación de las reglas de competencia de dicho Reglamento [Bruselas I-bis] requiere un elemento de extranjería”⁴².

35. También la STJUE 19 julio 2012, C-54/11, *Mahamdia*, FD 39, indica, en la misma dirección, que: “dicho Reglamento pretende unificar las reglas de competencia de los Estados miembros, no sólo para los litigios que se susciten dentro de la Unión, sino también para los que contengan un elemento de extranjería”⁴³.

36. Es preciso también tener presente la STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Maletic*, FD 26-28, en la que se afirma: “la aplicación de las reglas de competencia [del Reglamento Bruselas I-bis] requiere la existencia de un elemento de extranjería y ... el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que, debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio, estén implicados varios Estados contratantes”⁴⁴.

37. La STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, precisa, de modo coherente con los anteriores pronunciamientos del TJUE, que (FD 30): “En lo que atañe, por otra parte, al elemento de extranjería cuya existencia condiciona la aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 ...” y que (FD 31): “Por consiguiente, y sin proponer formalmente la excepción de incompetencia del Tribunal de Justicia por falta de un elemento de extranjería en este último asunto, la Comisión Europea se interroga sobre la aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 en el supuesto de que únicamente el solicitante de la ejecución esté establecido en un Estado miembro distinto del Estado del foro”⁴⁵.

38. La aquí analizada STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria* deja bien claro que (FD 30) “por lo que respecta, en segundo lugar, al elemento de extranjería cuya existencia condiciona la aplicabilidad del citado Reglamento, procede señalar que el Reglamento 1215/2012, aunque utiliza, en sus considerandos 3 y 26, el concepto de «litigios transfronterizos», no contiene ninguna definición a este respecto”⁴⁶.

39. Más reciente, la STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* FD 45, reitera que “la aplicación de las reglas de competencia requiere la existencia de un elemento de extranjería y el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivarse necesariamente de que, debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio, estén implicados varios Estados contratantes”⁴⁷.

⁴¹ Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (pleno) de 7 febrero 2006, “Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” [ECLI:EU:C:2006:81], *Recopilación*, 2006, p. I-01145.

⁴² STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, *Recopilación*, 2011, p. I-11543 [ECLI:EU:C:2011:745].

⁴³ STJUE 19 julio 2012, C-154/11, *Ahmed Mahamdia vs. República Argentina Democrática y Popular* [ECLI:EU:C:2012:491].

⁴⁴ STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH* [ECLI:EU:C:2013:735].

⁴⁵ STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, [ECLI:EU:C:2020:351].

⁴⁶ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valencia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443].

⁴⁷ STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* [ECLI:EU:C:2021:784] FD 45.

40. Por otra parte, el elemento de extranjería puede estar presente en el supuesto (= situación jurídica) o en el litigio. De hecho, un supuesto puramente interno, sin elementos extranjeros, puede convertirse en internacional cuando surge el litigio porque, por ejemplo, una de las partes ha trasladado su domicilio a otro Estado. Lo confirma la citada STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* FD 49⁴⁸.

41. Un sector mayoritario de la jurisprudencia nacional también aceptó sin reservas esta tesis del elemento extranjero. Ejemplos pueden encontrarse en el AAP Asturias 25 mayo 2020 [contrato de distribución internacional España-Bulgaria], en el Auto Juzgado de lo Mercantil Madrid 10 octubre 2018 [daños derivados de cártel] y, en Italia, en la sentencia de la Corte di Appello di Genova de 15 mayo 2015 [accidente de circulación en Rumanía que afecta sólo a ciudadanos italianos]⁴⁹.

42. Puede afirmarse que esta tesis del elemento extranjero ha sido y es mayoritaria también en la doctrina especializada. Así, D. ALEXANDRE / A. HUET se refieren a la exigencia de una relación jurídica que contiene «*un élément d'extranéité*» para que le Reglamento Bruselas I-bis resulte aplicable⁵⁰. En términos similares se expresa R. MAGNUS⁵¹.

C) La identificación del elemento extranjero

43. Es claro, pues, que, a los efectos del Reglamento Bruselas I-bis, un litigio es internacional o transfronterizo cuando presenta un elemento extranjero. Ahora bien, a partir de aquí, grandes incertezas surgen. El elemento extranjero es escurridizo, es fugaz, es etéreo, es el quinto elemento. En efecto, el Reglamento no indica nada sobre las cualidades o características que debe poseer ese “elemento extranjero”. En efecto, (i) nada se dice sobre la importancia, relieve o entidad que dicho elemento debe presentar en el contexto del litigio; (ii) nada se indica sobre la naturaleza de dicho elemento, sobre si el mismo debe referirse a las partes o a las obligaciones que vinculan a las partes o al objeto de la controversia; (iii) tampoco se indica nada en torno a la intensidad de la extranjería de tal elemento; (iv) y finalmente tampoco queda claro si dicho elemento extranjero debe vincular el litigio con uno u otro Estado, con un Estado miembro y/o con un tercer Estado⁵².

44. Ciertos autores, como P. ROGERSON, habían sugerido que sólo debería considerarse como „elemento extranjero“ aquél que, en la estructura y contexto del Reglamento Bruselas I-bis, sea susceptible de otorgar competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro. Por ejemplo, en una

⁴⁸ STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* [ECLI:EU:C:2021:784] FD 49: “*A este respecto, como también ha señalado la Comisión, ninguna de las tres hipótesis contempladas en el artículo 15, apartado 1, del Convenio de Lugano II menciona la necesidad de que la actividad ejercida deba presentar un elemento de extranjería en la fecha de celebración del contrato*”.

⁴⁹ AAP Asturias 25 mayo 2020 [ECLI:ES:APO:2020:451A]; Auto J Mercantil Madrid 10 octubre 2018 [ECLI:ES:JMM:2018:109A]; Sentencia de la Corte di Appello di Genova 15 mayo 2015, *Rivista di diritto internazoinale private e processuale*, 2016, p. 564.

⁵⁰ D. ALEXANDRE / A. HUET, «Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)», *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, junio 2010, pp. 1-75, esp. p. 9: “*Lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de compétence directe de le Convention ou du Règlement, l'internationalité du rapport juridique suppose qu'il comporte un élément d'extranéité et qu'il ne soit pas purement interne*”.

⁵¹ R. MAGNUS, “Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht”, *ZEuP*, 26, 3, 2018, pp. 507-540.

⁵² P. ROGERSON, “Article 1”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I-bis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 46-75, esp. pp. 58-62: “*The Regulation is only invoked when “an international element is involved”. It is not clear how this is to be interpreted. Does any international connection suffice? Does it have to be substantial? Does the connection have to be relevant or significant to the dispute? For example, where two parties to a contract both are domiciled in the same Member State in which proceedings are commenced but the goods supplied under the contract tire delivered to another Member State, is the mere fact of delivery elsewhere sufficient to invoke the Regulation? Even if the dispute is concerned only with liability for an allegedly late payment in the parties' Member State and delivery is not in dispute?*”.

compraventa entre dos empresas españolas resulta que el lugar de entrega de la mercancía es Hamburgo. Pues bien, el litigio sería „internacional“ porque el lugar de entrega de la mercancía es un elemento que permitiría conocer del litigio a los tribunales de otro Estado miembro (art. 7.1.a) RB I-bis). No sería relevante, en tal caso, que no se discuta sobre la entrega de la mercancía. De ese modo, podría elaborarse una lista de elementos del litigio que, si muestran una conexión con otro país, deben ser considerados „elementos extranjeros“ a efectos del Reglamento Bruselas I-bis. Los más importantes serían: lugar de domicilio de las partes, el lugar de entrega de la mercancía, el lugar del daño o de los hechos, el lugar de pago y la elección de tribunales de otro Estado⁵³. Esta tesis constituye una traslación al ámbito del Reglamento Bruselas I-bis de la clásica y muy ingeniosa propuesta debida a R. DE NOVA, tesis que el autor italiano sugirió como idónea para detectar la existencia de una „situación privada internacional“ que, precisamente por ello, debe ser regulada por el Derecho internacional privado⁵⁴.

45. Sin embargo, frente a ello, un examen de la jurisprudencia del TJUE pone de relieve que dicho tribunal ha indicado que, para que el litigio se considere “internacional” a efectos del Reglamento Bruselas I-bis, es suficiente la mera presencia en el litigio de cualquier elemento extranjero, sea cual sea la naturaleza de dicho elemento, su importancia en la relación jurídica, su intensidad de extranjería y sea cual sea, también, el país, Estado miembro o no, con el que dicho elemento esté “conectado”. Basta que el elemento extranjero esté presente en el “litigio”, esto es, en la situación jurídica y/o en la controversia posterior surgida de la misma. En este sentido, dos precisiones son necesarias.

46. En primer lugar, el elemento extranjero debe estar presente en la situación jurídica o en el litigio que ésta genera. Así, por ejemplo, en el caso de una compraventa de mercaderías situadas en Atenas, celebrado entre dos contratantes griegos que residen habitualmente en Grecia y que debe ejecutarse en dicho país, el hecho de que uno de los contratantes sea hijo de ciudadanos españoles no convierte en “internacional” este contrato. La nacionalidad de los padres del contratantes es un elemento ajeno a la situación jurídica y ajeno también al litigio que dicha situación pudiera generar. Por el contrario, si las mercancías son de fabricación coreana, existe un elemento internacional presente en la relación jurídica: el caso es internacional.

47. En segundo lugar, además de estar presente en la situación jurídica o en el litigio, el elemento extranjero debe afectar o estar relacionado con la estructura de la relación jurídica o del litigio. Así, por ejemplo, parece oportuno recordar el ejemplo clásico proporcionado por P. LALIVE: un contrato celebrado en Alemania entre ciudadanos alemanes que ha sido cuyo único dato de extranjería es que ha sido redactado y firmado sobre un papel fabricado en Italia no debe considerarse como un “contrato internacional”. En efecto, el supuesto contiene un dato o elemento presente en la relación jurídica que está conectado con otro país, ciertamente. Sin embargo, dicho “dato” no debe considerarse como un “elemento propio de la

⁵³ P. ROGERSON, “Article 1”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I-bis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 46-75, esp. pp. 58-62: “Nevertheless, it is not clear that mere possibility, rather than the fact specifically being in issue in a case, is sufficient to trigger the Regulation’s rules. Certain factors are likely to be found to significant in a case even if not specifically in dispute as the factor could be relied on to provide jurisdiction in another Member State. These factors might include the place of the parties’ domiciles, the place of delivery, the place of payment, the place where the events occurred, and any choice of another court”.

⁵⁴ R. DE NOVA, „Wann ist ein Vertrag ‘international?’“, *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, München, 1978, pp. 307-323, y el mismo texto en lengua italiana en R. DE NOVA, „Quando un contratto è internazionale?“, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1978, vol. XIV, pp. 665-689. Muy bien sistematizada aparece esta tesis en su impercedera contribución a la *Enciclopedia del diritto*: R. DE NOVA, “Obbligazioni (Diritto internazionale privato)”, en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXIX, Milán, 1979, pp. 456-500. Otros especialistas han defendido, con mayor o menor convicción y sistema, la necesaria presencia de un elemento de “cierta relevancia jurídica” en el contrato para poder calificarlo como un contrato “internacional”. Es el caso de G.R. DELAUME, „What’s an International Contract? An American and Gallic Dilemma“, *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LALIVE, „Sur une notion de „contrat international“, *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, „International situations and „situations involving a choice between the laws of different legal systems““, en K. Lipstein (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 15-24; A. SINAGRA, „Natura e contenuto della internazionalità dei contratti“, *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, IV, Milano, 1987, pp. 349-382.

situación jurídica”⁵⁵. El hecho de que el papel se haya fabricado en Italia no tiene influencia alguna en la relación jurídica, no está presente en ni afecta a la estructura de la relación jurídica o del litigio. Por ello, puede afirmarse que se trata, es evidente, de un dato «*sans pertinence juridique*». Es un elemento, además, frecuentemente «indetectable», como escribe H. GAUDEMET-TALLON⁵⁶. Debe tenerse en cuenta que en el mundo globalizado actual, todo está conectado con todo, de modo que, en la práctica, todo supuesto jurídico contiene o presenta algún dato relacionado con otros países o sistemas jurídicos. Ya no existen, escribía ya P. LALIVE en el lejano 1977, «situaciones jurídicas enteramente internas»⁵⁷. No obstante, no conviene exagerar, de modo que resulta aconsejable considerar que es «elemento extranjero» (i) todo dato presente en la situación jurídica y/o en el litigio al que ésta da lugar y que (ii) afecte o esté presente en la estructura de la relación jurídica o del litigio. De ese modo, mediante un razonamiento intuitivo de sentido común, puede afirmarse que el hecho de que un contrato cuyos elementos son todos ellos españoles haya sido firmado en papel de fabricación italiana, no suscita ninguna duda en el operador jurídico sobre cuáles deben ser los tribunales competentes y cuál debe ser la Ley que debe regir el supuesto. En consecuencia y en conclusión, el elemento extranjero pertinente a efectos del Reglamento Bruselas I-bis es aquél elemento presente en la situación o en el litigio y que afecta a la estructura de la relación jurídica en cuestión y que, por ello, suscita la duda de saber cuál es el Estado cuyos tribunales pueden conocer del asunto.

48. La razón por la que el TJUE ha optado por la clásica tesis del elemento extranjero puro es fácil de entender. Uno de los principales objetivos del Reglamento Bruselas I-bis es potenciar un “*alto grado de previsibilidad*” de las normas de competencia judicial y “*garantizar la seguridad jurídica*” (Considerandos 15 y 16 RB I-bis). Pues bien, los litigios que contienen elementos extranjeros, sean éstos los que sean y cualesquiera que sean sus características, suscitan una duda sobre cuál es el Estado miembro cuyos tribunales deben conocer del litigio que nace de tales situaciones. Es decir, en tales supuestos surge la duda, para las partes y para las autoridades públicas, de saber cuál es el Estado miembro cuyos tribunales deben conocer del litigio, precisamente porque el litigio contiene uno o varios elementos extranjeros, esto es, porque el litigio es “internacional” o “transfronterizo”. La búsqueda de la más afinada y transparente seguridad jurídica explica por qué la tesis del elemento extranjero puro siempre ha sido defendida por el TJUE. Para disipar toda duda sobre cuál es el tribunal que debe conocer del caso es preciso seguir la tesis del elemento extranjero puro y no exigir que éste presente una cierta intensidad, relevancia en la relación jurídica o sea de una u otra naturaleza. De este modo, el Reglamento Bruselas I-bis opera como un paradigma de la seguridad jurídica que incentiva los intercambios internacionales y que, por ello, beneficia a los particulares y a la sociedad de los Estados miembros, como subraya J. WOUTERS⁵⁸.

⁵⁵ P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol.155, pp. 1-424, esp. pp. 17-18: «*Il faut s'entendre sur le sens des termes «un élément d'extranéité». Qu'une situation quelconque, une relation sociale, née dans un pays donné, se trouve avoir un contact, même ténu ou lointain avec un pays étranger, peut-il suffire à susciter, si l'on peut ainsi dire, l'intérêt du droit international privé? La réponse, négative, s'impose, et l'on postulera volontiers que l'élément d'extranéité doit avoir une certaine substance, un minimum d'importance. Un exemple, proche peut-être de l'absurde, le fera comprendre: le fait qu'un contrat conclu en Allemagne entre deux ressortissants allemands aurait été rédigé et signé sur du papier fabriqué, par> hypothèse, en Italie constitue en un sens un élément «étranger»; mais cet élément - on le ressent d'emblée - est sans pertinence juridique. Il est vrai qu'un simple sentiment ne suffit pas. Cette absence de signification, du point de vue juridique, ne peut que résulter d'un jugement de valeur, soit d'une appréciation faite au regard d'un certain système de références, d'un ordre juridique. De quel ordre juridique s'agit-il? Il appartiendrait au droit international privé de décider si la question doit se poser pratiquement*».

⁵⁶ H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 12-16.

⁵⁷ P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977, vol.155, pp. 1-424, esp. p. 22: «*Dans le monde actuel, on l'a souvent remarqué, il y a sans doute de moins en moins, sur le terrain du pur fait, de situations sans aucun contact avec l'étranger. En fait, il n'existe plus guère, ou peut-être même plus du tout, de situations que l'on puisse qualifier de purement ou totalement internes. En droit, il en existe beaucoup. Ce que nous voudrions souligner, c'est que la délimitation entre les situations dites «internes» et les situations dites «internationales» (en fait ei en droit) ne résulte pas, on l'a compris déjà, de la nature des choses ou d'une sorte de photographie du réel. Elle résulte d'une appréciation faite, nécessairement, du point de vue d'un droit international privé*».

⁵⁸ 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, pp. 33-38.

3. Diferentes supuestos de litigios transfronterizos a efectos del Reglamento Bruselas I-bis

A) Litigios entre partes que ostentan la nacionalidad del mismo Estado. La jurisprudencia *Bulgaria* (2021)

49. El Reglamento Bruselas I-bis se aplica a los litigios entre partes que ostentan la misma nacionalidad, como ha subrayado S. POILLOT-PERUZZETTO, siempre que exista algún “elemento de extranjería” en el litigio, como el lugar de ejecución de las obligaciones, o la residencia o domicilio de las partes en diferentes Estados⁵⁹. Así se percibe, por otro lado, en la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*: ambos litigantes son búlgaros pero el lugar de ejecución del contrato es España y uno de los litigantes, el demandado, está domiciliado en España⁶⁰. El litigio es transfronterizo y por ello el Reglamento es aplicable.

B) Litigios entre partes con domicilio en el mismo Estado miembro

50. En el caso de que el litigio contenga algún elemento de extranjería, el Reglamento es aplicable aunque las partes en el litigio estén domiciliadas en el mismo Estado miembro. De hecho, el texto mismo del Reglamento contempla este caso: el art. 24 RB I-bis afirma que “[n]o obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro”. Así, por ejemplo, si dos ciudadanos con domicilio en España litigan ante jueces italianos en torno a un presunto incumplimiento de un contrato de arrendamiento de vivienda situada en Cagliari, Italia, el juez italiano debe aplicar el Reglamento Bruselas I-bis para decidir si los tribunales italianos disponen de competencia internacional al efecto.

a) La jurisprudencia *Owusu* (2005)

51. En la STJUE 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, el TJUE reafirma que el Reglamento se aplica a los litigios con elementos extranjeros en los que los litigantes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro⁶¹. En la citada sentencia, dos partes ambas con domicilio en el Reino Unido, litigaron en dicho entonces Estado miembro de la UE como consecuencia de un accidente ocurrido en Jamaica. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó que el litigio era internacional o transfronterizo y que, por ello, la competencia internacional de los tribunales británicos no podía quedar regulada por el Derecho del Reino Unido, sino que era necesario decidirla con arreglo al hoy Reglamento Bruselas I-bis.

b) La jurisprudencia *Maletic* (2013)

52. En los casos de contratos en cadena, puede suceder que una persona domiciliada en un Estado (A) celebre un contrato con una empresa domiciliada en otro Estado distinto (B) y que ésta, a su vez, contrate con otra empresa domiciliada en el mismo Estado que la persona en cuestión (A) para la realización de la prestación debida. Pues bien, en este caso, la demanda que la persona presenta contra

⁵⁹ S. POILLOT-PERUZZETTO, „Commentaire Cass., com., 30 janvier 2001: compétence, convention de Bruxelles, internationalité“, *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 539.

⁶⁰ STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443].

⁶¹ STJUE 1 marzo 2005, C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson, Recopilación*, 2005, p. I-1445. [ECLI:EU:C:2005:120].

la segunda empresa da lugar a un litigio “internacional”, aunque éste enfrente a partes con domicilio en el mismo Estado miembro (A). El Reglamento Bruselas I-bis es, por tanto, aplicable a estos litigios para precisar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros.

53. Este supuesto se planteó en la STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Maletic*⁶². En este caso, los esposos Maletic, con domicilio en Bludesch (Austria), reservaron para sí mismos en el sitio de Internet *lastminute.com*, un viaje combinado con destino a Egipto. En su sitio de Internet, *lastminute.com*, sociedad con domicilio social en Múnich (Alemania), indicaba que actuaba en calidad de agente de viajes y precisaba que el viaje lo organizaría TUI, sociedad con domicilio social en Viena (Austria). Pues bien, descontentos con las prestaciones recibidas durante el viaje, los esposos Maletic demandaron a la empresa alemana *lastminute.com* y a la empresa austríaca TUI, ante los tribunales austríacos. El TJUE estimó que el Reglamento Bruselas I-bis era aplicable para determinar la competencia de los tribunales austríacos también en relación con demanda presentada contra la empresa TUI, con sede en Austria, pues, indica el TJUE “no cabe calificar esta última relación contractual de «meramente interna», puesto que estaba indisociablemente vinculada a la primera relación contractual, al haberse realizado a través de la referida agencia de viajes domiciliada en otro Estado miembro” (STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Maletic*, FD 29).

C) Litigios en el que el único elemento extranjero es la nacionalidad extranjera de una parte. La jurisprudencia *Hypoteční* (2011).

54. Si el único elemento de extranjería presente en el litigio es la nacionalidad de una de las partes en el litigio, éste es transfronterizo y el Reglamento es también aplicable. En tal sentido, la STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční*, FD 29-33, afirma que si el demandado ostenta la nacionalidad de otro país distinto al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el litigio debe ser considerado “transfronterizo”⁶³.

⁶² STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH* [ECLI:EU:C:2013:735].

⁶³ STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka a.s. vs. Udo Mike Lindner, Recopilación*, 2011, p. I-11543 [ECLI:EU:C:2011:745]; FD 29: “A este respecto, ha de señalarse primeramente que, como sucede con el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32.; EE 01/01, p. 186; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), en su versión modificada por los sucesivos Convenios relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a dicho Convenio (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), cuya interpretación es igualmente válida para el Reglamento n° 44/2001 cuando las disposiciones de estos instrumentos de la Unión puedan calificarse de equivalentes (sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, Rec. p. I-6917, apartado 18), la aplicación de las reglas de competencia de dicho Reglamento requiere un elemento de extranjería”; FD 30: “Tal y como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia en relación con el Convenio de Bruselas, el carácter internacional de una relación jurídica puede derivar de la circunstancia de que la situación controvertida en un litigio pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional (sentencia de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, C-281/02, Rec. p. I-1383, apartado 26)”, FD 31: “Es cierto que las reglas de competencia establecidas en el Reglamento n° 44/2001 no tienen en cuenta que una parte litigante tenga nacionalidad extranjera. No obstante, como ha indicado la Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones, hay que diferenciar entre, por un lado, la cuestión relativa a los requisitos de aplicación de las reglas de competencia establecidas en dicho Reglamento y, por otro, la referente a los criterios por los que se rige la competencia internacional conforme a dichas reglas”; FD 32: “Pues bien, es evidente que, en circunstancias como las del litigio principal, la nacionalidad extranjera de la parte demandada puede plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional del órgano jurisdiccional al que se somete el asunto”; FD 33: “En efecto, en una situación como la del litigio principal, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado podrían considerarse igualmente competentes, incluso en el supuesto de que éste carezca de domicilio conocido en dicho Estado. Dadas las circunstancias, la aplicación de las reglas uniformes de competencia establecidas por el Reglamento n° 44/2001 en lugar de las vigentes en los diferentes Estados miembros sería conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en garantizar, en la medida de lo posible, la protección de los demandados domiciliados en el territorio de la Unión Europea”; FD 34: “De ello se deduce que, en una situación como la del litigio principal, en la que el demandado tiene nacionalidad extranjera y carece de domicilio conocido en el Estado en cuyo territorio se encuentra el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la acción, pueden resultar aplicables las reglas de competencia del Reglamento n° 44/2001”; DF 35: “ (...) el Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la aplicación

55. Ello debe ser así a pesar de que en el Reglamento Bruselas I-bis la nacionalidad de los litigantes es un factor que el legislador europeo no tiene en cuenta como foro de competencia judicial internacional (= no es un criterio de atribución de la competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro), como bien ha distinguido S. POILLOT-PERUZZETTO⁶⁴. Esta regla presenta una alta racionalidad. En efecto, si un demandado que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro X, en el que está domiciliado, presenta su demanda ante tribunales de dicho Estado miembro X, contra un sujeto también domiciliado en el Estado miembro X pero que ostenta la nacionalidad de otro Estado miembro Z, el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable. Debe tenerse presente que, si el Reglamento Bruselas I-bis no fuera aplicable a este caso, los tribunales del Estado miembro Z (= país cuya nacionalidad ostenta el demandado) podrían declararse internacionalmente competentes en este litigio en virtud de un foro previsto en su normativa nacional. Por ello, la aplicación de las normas uniformes de competencia judicial internacional recogidas en el Reglamento Bruselas I-bis en lugar de las normas de producción interna de los diferentes Estados miembros cobra pleno sentido, pues refuerza la seguridad jurídica en los litigios internacionales en la UE y protege a los demandados domiciliados en el territorio de la UE. Algunos autores han criticado este planteamiento al estimar que “*produciría una discriminación en el régimen de las reglas aplicables por el mero hecho de la nacionalidad de una de las partes, lo que resultaría contrario a un principio básico del propio Derecho europeo*”⁶⁵. Han sugerido también que quizás este razonamiento del TJUE obedeció al hecho de que en el supuesto objeto de la STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční*, el demandado no tenía domicilio conocido. Sin embargo, el argumento del TJUE opera incluso en el caso de que el demandado tenga domicilio perfectamente conocido. En efecto, si un español demanda a un francés, ambos con domicilio en España, ante tribunales españoles, éstos aplicarían las normas de competencia judicial internacional recogidas en el art. 22 LOPJ, de forma que tales tribunales se declararían competentes porque el domicilio del demandado está en España. Si el ciudadano francés demanda al español, en el mismo caso, ante jueces franceses, éstos aplicarían las normas de competencia internacional francesas, en concreto el art. 14 del *Code* francés, de modo que se declararían competentes porque el demandante ostenta la nacionalidad francesa. Este resultado es contrario al Derecho europeo: es discriminatorio en relación con el demandado español, que no dispone de un foro de nacionalidad para demandar al francés ante tribunales españoles, mientras que el ciudadano francés sí cuenta con dicho foro. Además, este resultado introduce inseguridad jurídica, fomenta el *forum shopping* y las decisiones claudicantes en el espacio europeo de Justicia. Por ello, la tesis del TJUE parece correcta. La aplicación al litigio del Reglamento Bruselas I-bis evita todos estos resultados negativos.

de las reglas de competencia judicial establecidas en dicho Reglamento presupone que la situación controvertida en el litigio del que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional de dicho órgano jurisdiccional. Tal situación se produce en un caso como el del litigio principal, en el que un tribunal de un Estado miembro conoce de una demanda presentada contra un nacional de otro Estado miembro cuyo domicilio desconoce dicho tribunal”.

⁶⁴ S. POILLOT-PERUZZETTO, “Commentaire Cass., com., 30 janvier 2001: compétence, convention de Bruxelles, internationalité”, *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 539. *Contra*, G.A.L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, Paris, 1972, n.28, pp. 33-35, que afirma que uno de los principios básicos del Convenio de Bruselas (hoy del Reglamento Bruselas I-bis) es que la aplicación de dicho texto normativo es independiente de todo elemento relacionado con la nacionalidad de las partes. En realidad, lo que el Convenio quiso decir con ello es que en ningún caso la nacionalidad constituye, en dicho texto, un foro de competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros. El Convenio rechaza así los foros basados en la nacionalidad del actor y/o del demandado. Dicho instrumento legal no prohíbe tener presente la nacionalidad como un elemento que hace “internacional” un litigio, como así ha confirmado la STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, *Recopilación*, 2011, p. I-11543 [ECLI:EU:C:2011:745].

⁶⁵ Así se expresan J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 10ª ed., 2018, p. 71.

D) Litigios entre partes con domicilio en diferentes Estados

a) Parte con domicilio en un Estado distinto de aquél cuyos tribunales conocen del asunto. La jurisprudencia *Parking* (2020) y *Bulgaria* (2021).

56. En la STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking*, el TJUE abordó dos litigios diferentes⁶⁶. En el primero (asunto C-267/19), la sociedad demandada ante tribunales croatas era una sociedad con domicilio en Eslovenia. En el segundo litigio (C-323/19), la sociedad demandada ante tribunales croatas tenía su domicilio en Croacia y la sociedad demandante lo tenía en Eslovenia. En ambos litigios, por tanto, las partes tenían su domicilio en Estados miembros distintos.

57. Esta STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking*, indica que un litigio en el que ambas partes tienen su domicilio en Estados distintos es “transfronterizo” *ex ipsa natura sua*. Para ello, el TJUE se basa no sólo en la jurisprudencia *Owusu*, sino en una aplicación por analogía del art. 3.1 del Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁶⁷. Dicho precepto indica que “a efectos del presente Reglamento, se entenderá por 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 órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición”, sea el demandante o el demandado. Por tanto, si un demandante o el demandado disponen de su domicilio en un Estado miembro distinto del Estado del foro, el litigio presenta “carácter transfronterizo”. Ahora bien, como se puede apreciar, esa definición sólo es operativa “a efectos del Reglamento sobre el proceso monitorio europeo”.

58. El TJUE no afirma, con ello, que sólo son “transfronterizos” los litigios en los que al menos una parte tiene su domicilio en un Estado diferente a aquél cuyos tribunales conocen del asunto. El TJUE se limita a enfatizar afirma que este litigio es siempre “transfronterizo”, esto es, que cuando los litigantes tienen su domicilio en Estados distintos, el litigio es siempre transfronterizo. Para ello utiliza la definición de “asunto transfronterizo” recogida en el art. 3.1 del Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo⁶⁸. Es por eso que el TJUE afirma que el domicilio de las partes en Estados distintos es, “en principio”, un dato suficiente “para acreditar el carácter transfronterizo -y, por tanto, el elemento de extranjería- de un litigio” a efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis.

59. En la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*, como ya se ha visto, el TJUE adopta la misma perspectiva: el litigio es transfronterizo porque el demandado está domiciliado en España y los tribunales que conocen del litigio son los tribunales búlgaros. También en esta sentencia el TJUE recurre a una aplicación por analogía del art. 3.1 del Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo como elemento de ayuda para estimar que este litigio es transfronterizo.

⁶⁶ STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, [ECLI:EU:C:2020:351].

⁶⁷ Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006).

⁶⁸ STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, [ECLI:EU:C:2020:351] FD 35: “Tal interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento 1896/2006 sirve también, en principio, para acreditar el carácter transfronterizo -y, por tanto, el elemento de extranjería- de un litigio a efectos de la aplicación del Reglamento n.º 1215/2012. En efecto, dado que ambos Reglamentos están incluidos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con incidencia transfronteriza, es preciso armonizar la interpretación de los conceptos equivalentes a los que el legislador de la Unión ha recurrido en cada uno de ellos”.

b) Partes con domicilio en diferentes Estados pero tenían su domicilio en el mismo Estado miembro en el momento en el que nace la situación jurídica

60. En la STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.*, el TJUE abordó el caso de un banco que disponía de su sede en Alemania y un consumidor de servicios bancarios con sede también en Alemania. Ambos contratan en Alemania. Transcurrido un tiempo, el consumidor traslada su domicilio a Suiza y el banco demanda al consumidor. El TJUE declaró que el elemento extranjero que es preceptivo exigir en el litigio para la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis puede apreciarse tanto en el momento de celebrarse el contrato (= momento de nacimiento de la “situación jurídica”) como en el momento de presentación de la demanda (= momento en el que surge el litigio). En el caso de la citada STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.*, la situación jurídica nacional desembocó en un litigio internacional⁶⁹. Por tanto, el litigio entre partes que tenían su domicilio en el mismo Estado en el momento de nacimiento de la relación jurídica, pero que ahora, en el momento de iniciarse el litigio, tienen su domicilio en diferentes Estados, es un litigio internacional o transfronterizo y el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable.

c) Partes con domicilio en diferentes Estados distintos al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto

61. El TJUE no se ha pronunciado expresamente sobre el caso que surge cuando las partes están domiciliadas en dos Estados distintos (A) y (B) y litigan, sin embargo, ante los tribunales de otro Estado miembro (C). Quizás ello es porque resulta evidente que estos litigios presentan elementos extranjeros objetivos desde el punto de vista del tribunal del Estado miembro que conoce del asunto. Se trata, sin duda, de un litigio transfronterizo o internacional y el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable para determinar cuáles son los tribunales competentes en la Unión Europea para conocer del mismo.

E) Litigios cuyo único elemento extranjero está conectado con un tercer Estado

62. En un primer momento, ciertos autores pusieron el énfasis en defender que el texto del hoy Reglamento Bruselas I-bis debía ser entendido como un instrumento normativo aplicable para determinar la competencia judicial de los Estados miembros en relación con los litigios exclusivamente conectados con dichos Estados. Estos expertos afirmaban que cuando el único elemento extranjero del litigio mostraba una conexión de éste con un tercer Estado, el Reglamento Bruselas I-bis no era aplicable. Se entendía que el Reglamento había sido diseñado solamente para resolver cuestiones de competencia internacional de los tribunales en los casos “intra-Unión Europea”, antes llamados “casos intracomunitarios”. En realidad, ello nunca fue así, como bien argumentó B. AUDIT⁷⁰. Tal exigencia no se deduce del texto del Reglamento Bruselas I-bis. Más bien al contrario, el objetivo de este Reglamento es proporcionar a los operadores económicos seguridad jurídica y acceso a la Justicia a unos costes reducidos

⁶⁹ STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* [ECLI:EU:C:2021:784], FD 49.

⁷⁰ B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, n. 517, pp. 413-414: «Dès lors que le litige présente un caractère international, il convient de sous-distinguer, selon que l'on est en présence d'un litige international «ordinaire» ou «communautaire». En effet, les négociateurs du traité d'origine n'avaient pas compétence pour formuler des règles de compétence valables pour tous les litiges internationaux mais seulement pour ceux présentant un lien suffisant avec la Communauté; de sorte que subsiste un vaste champ d'application pour les règles de compétence internationale des différents États contractants. Un litige est considéré comme «intégré à la Communauté» (G. Droz) lorsqu'il relève d'un des trois critères généraux de compétence formulés par le Règlement: lorsque le défendeur est domicilié dans un État membre, ou que l'objet du litige présente certains rattachements matériels avec un État membre ou que les parties ont attribué compétence à un for d'un État membre. Avant de détailler les règles de compétence directe découlant de ces critères, il y a lieu de montrer, d'une part, que le Règlement est également susceptible d'affecter certains litiges internationaux ordinaires; d'autre part, et inversement, qu'il autorise exceptionnellement l'application de certaines règles nationales, alors même que le litige est intégré à la Communauté».

en todos los litigios internacionales o transfronterizos que se suscitan ante tribunales de los Estados miembros, como escribe S. DNES⁷¹. El Reglamento se aplica, así, a todos los litigios que se plantean en el Espacio Europeo de Justicia, indica C. NOURISSAT⁷².

63. El TJUE confirmó que el Reglamento es aplicable a los casos en los que el único elemento extranjero presente en el litigio muestra una conexión de éste con un Estado no miembro en su célebre STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, FD 26: “... *el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio. Así, el hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido, por ejemplo, a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producido en el segundo Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate*”⁷³.

4. La tesis del domicilio en diferentes Estados como único supuesto de litigación transfronteriza.

64. Algunos expertos en litigación internacional, particularmente los británicos, defendieron, en su momento, que el Reglamento Bruselas I-bis, considera, tácitamente, que un litigio es “internacional”, exclusivamente, cuando el domicilio de las partes radica en Estados distintos (art. 4 RB I-bis)⁷⁴. También alguna jurisprudencia española se ha manifestado en este sentido, aunque con poca convicción y sistema, que todo hay que decirlo (AAP Cádiz 27 mayo 2003)⁷⁵. La intención de los juristas británicos, explica H. GAUDEMET-TALLON, era muy clara: permitir la aplicación de las normas británicas reguladoras de la competencia judicial internacional en los casos de litigios suscitados entre litigantes con domicilio en el Reino Unido pero que, no obstante, eran litigios que presentaban conexiones con terceros Estados⁷⁶. Dicha aplicación hacía posible activar el famoso *forum non conveniens*, institución de origen escocés y propia del sistema británico de competencia judicial internacional⁷⁷. Esta institución jurídica se emplea, con frecuencia y de modo poco justo, para evitar que los tribunales británicos conozcan de un litigio en el que es demandado un particular o una empresa británica por actos o hechos acaecidos en otros países, como muestra H. SCHACK⁷⁸. En estos supuestos, los tribunales británicos declaran que el caso presenta una vinculación más estrecha con el país donde han sucedido los hechos que con la Gran Bretaña, aunque el demandando tenga su domicilio en dicho país y/o las partes tengan nacionalidad británica y estén domiciliadas en la Gran Bretaña. Acto seguido sostienen que, por ello, el tribunal extranjero está mejor situado que el tribunal británico para entrar en el fondo del asunto. Al „enviar el litigio a tribunales extranjeros“ es muy posible que se acabe por aplicar, además, la Ley del lugar donde han ocurrido los hechos. Esta ley suele ser la ley de un país poco desarrollado. Por ello, las normas

⁷¹ S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

⁷² C. NOURISSAT, «Nota a STJUE 1 marzo 2005, *Owusu*», *Procédures*, 2006, p. 74: «*le caractère international du rapport juridique ne doit pas nécessairement découler [...] de l'implication de plusieurs États contractants et que l'implication d'un État contractant et d'un État tiers est également susceptible de conté rer un caractère international au rapport juridique en cause*».

⁷³ STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, *Recopilación*, 2005, p. I-1445. [ECLI:EU:C:2005:120].

⁷⁴ *Vid.* P. BEAUMONT, “Forum non conveniens et régime des conflits de compétence dans l'espace judiciaire européen: vers une solution intégrée”, *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 433-445 (Id., “Forum non conveniens and the EU rules on conflicts of jurisdiction: a possible global solution”, *Revue critique de droit international privé*, 3, 2018, pp. 447-457).

⁷⁵ AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090].

⁷⁶ H. GAUDEMET-TALLON, “Le *forum non conveniens*, une menace pour la convention de Bruxelles? (A propós de trois arrêts anglais récents)”, *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 491-523.

⁷⁷ A. ARZANDEH, “The origins of the Scottish *forum non conveniens* doctrine”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 130-151. El estudio más completo sobre esta institución en España es el de M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

⁷⁸ H. SCHACK, „Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen *forum non conveniens* und *lis alibi pendens*“, *RabelsZ.*, 1994, pp. 40-58.

de estos países que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual suelen ser también poco exigentes con los responsables. De ese modo, los tribunales británicos se desprenden de los litigios derivados de hechos poco agradables ocurridos en otros países, como los accidentes de tráfico, la contaminación del medio ambiente, la vulneración de los derechos humanos ocurridos en otros países y de los que son presuntamente responsables ciudadanos y empresas radicados en la Gran Bretaña. Esta práctica es seguida con frecuencia también por los tribunales norteamericanos, con el fin de proteger a sus empresas frente a las demandas que se presentan en los Estados Unidos de América y que tienen como origen actos y daños que tales empresas ocasionan en otros países, como de modo muy sugestivo explican A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y M. CHECA MARTÍNEZ⁷⁹. De todos modos, existen perfiles también muy positivos en el *forum non conveniens* queben ser poderados de modo adecuado⁸⁰.

⁷⁹ 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; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Accidentes aéreos y forum non conveniens. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 307-321.

⁸⁰ La literatura académica sobre el *forum non conveniens* y sus relaciones con el Reglamento Bruselas I-bis es muy extensa. *Vid. inter alia*, y aparte las obras ya citadas de modo particular, R. CARO GÁNDARA, “Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional”, *REDI*, 1995, pp. 55-80; CHR. DORSEL, *Forum non conveniens: richterliche Beschränkung der Wahl des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht*, Berlin, 1996; CHR. ERWAND, *Forum non conveniens und EuGVÜ*, Frankfurt am Main, 1996; G. HOGAN, „The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem“, *Eur.LR*, 1995, pp. 471-493; P. HUBER, *Die englische Forum-non-conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Berlin, 1994; Id., „Art.21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit in England - Ende der Debatte“, *IPRax*, 1995, 5, p.332; Id., „Fragen zur Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ - Deutliche Worte des EuGH“, *Juristenzeitung*, 1995, pp. 603-611; Id., „Forum non conveniens - The Other Way Round“, *IPRax*, 1996, 1, pp. 48 y ss.; M. NIEGISH, *Die Doktrin forum non conveniens und das EuGVÜ im Vereinigten Königreich*, Aachen, 1996; I. QUEIROLO, «Art.17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 69-146; Id., «Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 763-794; G. CUNIBERTI, „Forum non conveniens and the Brussels Convention“, *ICLQ*, vol. 54, oct.2005, pp. 973-982; G. CUNIBERTI-MATTEO, „Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: il caso Owusu dinanzi alla Corte di Giustizia“, *Diritto del Commercio internazionale*, 2006, pp. 3-24; M. KÖNIG, *Die Anwendbarkeit des „forum non conveniens“ im deutschen und europäischen Zivilverfahrensrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; M. BANDERA, „La sentenza Owusu, il «forum non conveniens» e i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi“, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 1025-1052; CL. BLUM, *Forum non conveniens. Eine Darstellung der anglo-amerikanischen Doktrin und die Anwendungsmöglichkeiten im kontinentalen Recht am Beispiel der Zürcher Zivilprozessordnung*, Zürich, 1979; R.A. BRAND / S.R. JABLONSKI, *Forum non conveniens: history, global practice, and future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford, 2007; L. CORBION, *Le déni de Justice en droit international privé*, 2004, Presses universitaires d’Aix en Marseille; E. CORNUT, “Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé”, *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 27-55; G. CUNIBERTI, “Compétence des juridictions françaises et décision étrangère de forum non conveniens”, *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 171-183; I. DITANDY, *Internationale Zuständigkeit*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. FALLON, “Le rattachement de nécessité des situations juridiques internationales en matière civile et commerciale”, en R. JAFFERALI/V. MARQUETTE/A. NUYS (COORD.), *Liber amicorum Nadine Watté*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 175-194; A. FELDER, *Die Lehre vom Forum Non Conveniens: Vorraussehbarkeit des Ergebnisses ihrer Anwendung und prozessuale Aspekte für Verfahrensparteien vor den US Federal Courts und den State Courts New York bei class actions unter besonderer Berücksichtigung deutscher alternativer Foren oder Parteien*, Konstanz, Hartung-Gorre, 2005; F. FERRARI, “Forum shopping: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 85-105; P. FRANZINA, “Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2009, pp. 1121-1129; C.A. GABUARDI, “Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 121, 2008, pp. 69 ss.; G. GOLDSTEIN, “Le forum non conveniens en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 51-83; O. HARTWIEG, “Forum Shopping zwischen Forum Non Conveniens und ‘hinreichendem Inlandsbezug’”, *Juristenzeitung*, 1996, pp. 109-118; R. FENTINAM, “Civil jurisdiction and third States: Owusu and after”, *CMLR*, 2006, pp. 705-734; D.B. FURNISH, “El forum non conveniens y el lis alibi pendens apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia”, *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 321-358; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair”, *CDT*, 2013, vol. 5, Nº 2, pp. 592-609; M. KARAYANNI, *Forum non conveniens in the modern age (a comparative and methodological analysis of Anglo-American law)*, Ardsley, NY, Transnational Publ., 2004; M. MACK, “Forum Non Conveniens - Abweisung ohne Zuständigkeitsprüfung”, *IPrax*, 5/2007, pp. 464-466; A. NUYS, *L’exception de ‘forum non conveniens’. Etude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2003; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *Forum Non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIP*, 2001, pp. 425-434; S. OTHENIN-GIRARD, “Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LDIP)”, *RSDIDE*, 1999, pp. 251-285; V.

65. Según esta tesis, en suma, si las partes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, éste no será nunca aplicable, incluso aunque una de las partes ostente nacionalidad extranjera o el litigio presente otros “elementos extranjeros”, como el lugar de situación de las mercancías, el lugar de ejecución de las obligaciones, el lugar del accidente, etc. La tesis no ha recibido el respaldo del TJUE. Todo lo contrario. Como se ha visto anteriormente, en la STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, el TJUE declaró que el hoy Reglamento Bruselas I-bis es aplicable a un litigio entre partes domiciliadas en el mismo Estado miembro (= entonces el Reino Unido), cuando en tal litigio existe un elemento de extranjería, como sucede cuando se trata de un accidente y nos daños ocurridos en otro país, en Jamaica)⁸¹. De ese modo, un litigio entre partes que poseen ambas su domicilio en Francia pero suscitado ante tribunales españoles como consecuencia de un accidente ocurrido en España no es un supuesto de *cross-border litigation* pero el TJUE lo considera “transfronterizo” y el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable. Lo mismo sucedería en el caso de litigación entre españoles con domicilio ambos en España cuando el litigio presenta otros elementos extranjeros.

III. Reflexiones conclusivas sobre la reciente jurisprudencia del TJUE en torno al carácter transfronterizo del litigio

66. Conviene ser más que prudentes en la lectura de la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*⁸². Varias reflexiones resultan pertinentes al respecto.

67. Primera. La jurisprudencia del TJUE debe leerse de modo ponderado y sistemático, analítico y coherente. En este contexto, puede afirmarse que el TJUE no ha indicado que el litigio es “transfronterizo” sólo cuando una parte tiene su domicilio en un Estado distinto al Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= Estado del foro). Así lo confirma la STJUE 30 septiembre 2021, C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* FD 45. El TJUE, más bien al contrario, ha tomado el caso de la litigación entre partes con domicilio en diversos Estados como el supuesto paradigmático de lo que es un litigio transfronterizo. Visto que este concepto encuentra apoyo en el art. 3.1 del Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, puede afirmarse que siempre será transfronterizo y por tanto siempre suscita la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis todo litigio en el que una parte, sea el demandante o el demandado, no tenga su domicilio en el Estado del foro. Esta STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*, deja claro que son “transfronterizos” los litigios en los

RÉTORNAZ / B. VOLDERS, “Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, 225-262; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Crisis matrimoniales y foro de necesidad”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 705-722; G. ROSSOLILLO, “Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel Dritto internazionale privato nazionale e dell’Unione Europea”, *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 403-418; L. SALLES, *Forum Shopping in International Adjudication. The Role of Preliminary Objections*, 2014; K. SIEHR, “Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1984, pp. 124-144; M. WELLER, *Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; N. WIESE, *Die forum non conveniens-Lehre im Recht der Vollstreckbarerklärung in den USA*, Hamburg, Kovač, 2014; CH.A. WHYTOCK / C. BURKE ROBERTSON, “Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments”, *Columbia Law Review*, vol. 111, nº 7 (noviembre de 2011), pp. 1444-1521; F.J. ZAMORA CABOT, “Accidentes de masa y *forum non conveniens*, el caso Bhopal”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, pp. 821-852.

⁸¹ STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, *Recopilación*, 2005, p. I-1445. [ECLI:EU:C:2005:120], FD 26: “Sin embargo, a efectos de la aplicación del artículo 2 del Convenio de Bruselas, el carácter internacional de la relación jurídica de que se trate no tiene que derivar necesariamente de que estén implicados varios Estados contratantes debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes del litigio. Así, el hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido, por ejemplo, a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producido en el segundo Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate. En efecto, una situación de este tipo puede plantear en el Estado contratante, como sucede en el procedimiento principal, cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional, lo que constituye precisamente uno de los objetivos del Convenio de Bruselas, como se desprende del tercer considerando de su preámbulo”.

⁸² STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *ZN vs. Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria v grad Valensia, Kralstvo Ispania* [ECLI:EU:C:2021:443].

que un trabajador domiciliado en un Estado miembro demanda a una autoridad consular de ese Estado miembro con domicilio o establecimiento en el territorio de otro Estado miembro, aunque ambos litigantes ostenten la nacionalidad del mismo Estado y la demanda se presente ante tribunales de dicho Estado.

68. Segunda. La jurisprudencia del TJUE se consolida en favor de la tesis de la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis sólo a litigios transfronterizos o internacionales y no en los casos puramente internos.

69. Tercera. También se reafirma la jurisprudencia del TJUE en favor de la tesis del elemento extranjero. El Reglamento Bruselas I-bis sólo se aplica a los litigios con elementos extranjeros.

70. Cuarta. Debe considerarse que es “elemento extranjero”, a los efectos del Reglamento Bruselas I-bis, cualquier dato presente en el litigio que lo conecte con un Estado diferente al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto: nacionalidad extranjera de una parte (caso *Hypotecní*, 2011), el domicilio de las partes en Estados distintos (caso *Parking*, 2020 y caso *Bulgaria*, 2021), hechos objeto del litigio ocurridos en un Estado distinto al foro (caso *Bulgaria*, 2021 y caso *Owusu*, 2005). La intensidad de la extranjería de dicho elemento, su naturaleza y su importancia en la relación jurídica y en el litigio son irrelevantes. De este modo, el Reglamento Bruselas I-bis proporciona soluciones seguras a la litigación internacional, pues disipa toda duda que surge cuáles son los tribunales competentes una vez que el operador jurídico percibe la presencia de un dato de extranjería en el litigio.

71. Quinta. A diferencia de lo que ocurre con el Reglamento Bruselas I-bis, aplicable a todo litigio “transfronterizo”, el Reglamento 1896/2006 de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo sólo se aplica a los casos en los que el asunto es “transfronterizo” en el sentido de su art. 3. Esto es, cuando “*al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición*”. Así se deduce del inicio de dicho precepto, que indica que tal concepto restringido de litigio o asunto “transfronterizo” sólo es válido “*a efectos del Reglamento sobre el proceso monitorio europeo*”, como ha señalado el TJUE en la STJUE 7 mayo 2020, C-267/19 y C-323/19, *Parking d.o.o. vs. Sawal d.o.o.*, y en la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*.

72. Sexta. Esta lectura prudente de la STJUE 3 junio 2021, C-280/20, *Republika Bulgaria*, confirma también que el Reglamento Bruselas I-bis es el Reglamento general, es el Reglamento madre del Derecho internacional privado europeo. La voluntad del legislado europeo, en tal sentido, radica en dotar del más potente efecto útil a este Reglamento. De ese modo, el Reglamento debe resultar aplicable a todos los litigios transfronterizos que se susciten, en materia civil y mercantil, ante tribunales de los Estados miembros. Por ello el TJUE ha acogido la tesis del elemento extranjero, y ha definido este elemento extranjero de la manera más amplia y extensa posible. También el TJUE se muestra favorable a la tesis que estima que una situación jurídica subjetivamente internacional genera un litigio transfronterizo. En suma, cabe afirmar que, en el mundo globalizado de la tercera década del siglo XXI, este Reglamento proporciona soluciones jurídicas eficientes para todos los litigantes que operan en el espacio europeo de Justicia. En ese sentido, apenas surge la duda razonable sobre cuál es el Estado cuyos tribunales son competentes para conocer de un litigio, éste se considera „internacional“ y el Reglamento es aplicable para dar una respuesta eficaz, efectiva y eficiente a dicha cuestión. De ese modo, puede subrayarse que este Reglamento constituye una fuerte garantía de una litigación internacional a coste reducido para todos los que viven y trabajan en la Unión Europea, para todos aquéllos que, con ello, y contribuyen al progreso de la Europa unida.

73. Séptima. El Reglamento Bruselas I-bis se ha convertido en una pieza fundamental del Espacio Europeo de Justicia. Representa también la superación de la regulación nacional de la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros. Aunque dicho objetivo no se ha logrado com-

pletamente, -pues el art. 5 RB I-bis permite activar los foros de competencia internacional recogidos en las normas nacionales de los Estados miembros contra los demandados que no tiene su domicilio en la Unión Europea-, el TJUE ha querido poner de relieve, una vez más, que, en los casos de litigación internacional patrimonial, la determinación de los tribunales competentes debe ser llevada a cabo por el Derecho de la Unión Europea y no por el Derecho nacional de los Estados miembros. Del mismo modo que, según cuenta el célebre mito griego, el titán Prometeo regaló a la Humanidad el fuego, así la Unión Europea entregó a los litigantes el Reglamento Bruselas I-bis, un elemento de progreso, bienestar y eficiencia para todos los ciudadanos que habitan, trabajan y litigan en el Espacio Europeo de Justicia.

CONSECUENCIAS NEGOCIALES DE LAS PRÁCTICAS DESLEALES CON CONSUMIDORES: SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO Y RECIENTES DESARROLLOS NORMATIVOS EN LA UNIÓN EUROPEA

CONTRACTUAL CONSEQUENCES OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES WITH CONSUMERS: COMPARATIVE LAW SOLUTIONS AND RECENT REGULATORY DEVELOPMENTS IN THE EUROPEAN UNION

ANTONIO CASADO NAVARRO

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba*

Recibido: 07.12.2021 / Aceptado: 28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6680>

Resumen: Este trabajo aborda el complejo asunto de las consecuencias negociales de las prácticas comerciales desleales con consumidores. El estudio parte del análisis de su contexto normativo y del tratamiento que esta materia ha recibido en el Derecho español. A continuación, se exponen las propuestas de *lege ferenda* formuladas por la doctrina al objeto de mejorar la protección contractual de los consumidores afectados por prácticas desleales, así como los distintos remedios negociales arbitrados en otros Estados de la UE. Seguidamente, se examinan los nuevos desarrollos normativos emanados de Bruselas, para posteriormente analizar las iniciativas legislativas nacionales encaminadas a su incorporación. Por último, tratan de aportarse algunas directrices para lo que, a nuestro juicio, sería una correcta incorporación de la normativa comunitaria.

Palabras clave: contrato, práctica comercial desleal, consumidor.

Abstract: This work deals with the complex issue of the contractual consequences of unfair commercial practices with consumers. The study starts from the analysis of its normative context and the treatment that this matter has received in Spanish law. Next, the *lege ferenda* proposals formulated by the doctrine in order to improve the contractual protection of consumers affected by unfair practices are exposed, as well as the different contractual remedies arbitrated in other EU States. Subsequently, the new regulatory developments emanating from Brussels are examined, to later analyze the national legislative initiatives aimed at their incorporation. Finally, the study tries to provide some guidelines for what, in our opinion, would be a correct incorporation of Community regulations.

Keywords: contract, unfair commercial practice, consumer.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto (Ref. PID2020-117872RB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (IPs: Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ) y del Proyecto (Ref. P20_00002) financiado por la Junta de Andalucía (IP: Luis María MIRANDA SERRANO).

Sumario: I. Planteamiento. II. La protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en el Derecho vigente. III. Propuestas de lege ferenda: la modulación del régimen de los vicios del consentimiento. IV. Las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado. 1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento. 2. La anulabilidad del contrato. A). Polonia. B). Luxemburgo. C). Países Bajos. D). Portugal. 3. La nulidad del contrato: la solución francesa. 4. El reembolso del precio sin devolución del bien: la solución belga. 5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio: la solución inglesa. V. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2019/2161. 1. Los antecedentes legislativos de la Directiva (UE) 2019/2161. 2. La Directiva (UE) 2019/2161 relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. A). Cuestiones generales. B). El art. 11 bis DPCD: el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. VI. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en el ordenamiento español. VII. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. Uno de los principales problemas que se suscitan en el moderno tráfico económico viene constituido por la frecuencia con la que la contratación de bienes y servicios se ve influenciada por técnicas de comercialización basadas en una información inexacta o insuficiente, o por actuaciones empresariales enderezadas a intimidar o presionar a la clientela para que adopte sus decisiones de mercado. Esta realidad se hace especialmente patente en la contratación de consumo. En efecto, han sido –y son– frecuentes y diversos los supuestos en los que la contratación de bienes o servicios por parte de los consumidores es consecuencia más o menos directa de la influencia que sobre él ejercen diversas conductas empresariales que se manifiestan en la fase precontractual o incluso en el momento de la contratación y que tuercen o deforman su voluntad negocial. Piénsese en lo ocurrido en el sector bancario con la comercialización de distintos productos financieros complejos ofrecidos bajo otro ropaje, o en lo acaecido en el mercado de la telefonía con las propuestas contractuales reiteradas, intempestivas y no solicitadas.

2. Este tipo de prácticas y conductas empresariales pueden encajar, sin duda, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (en adelante, DPCD)¹. Esta norma, siguiendo el sistema de armonización plena, ha establecido una regulación detallada y analítica en sus aspectos sustantivos. Sin embargo, deja cierta libertad a los Estados miembros en lo que se refiere a los remedios y sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporen sus normas.

En rigor, la DPCD impone a los Estados miembros la obligación de establecer “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores” (art. 11.1). Pero no especifica el carácter público o privado de estos medios o procedimientos, ni el régimen de sanciones aplicables. Consecuentemente, los Estados miembros son libres para optar por un sistema judicial o por un sistema administrativo, o incluso combinar ambos, al fin de resolver las disputas que puedan producirse en relación con las prácticas comerciales desleales².

¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE* L-149 de 11 de junio de 2005.

² Los sistemas de aplicación de las disposiciones de la DPCD varían de un Estado a otro. En algunos países, la aplicación corresponde principalmente a autoridades públicas como el Defensor del consumidor (por ejemplo, Dinamarca, Suecia y Finlandia), a las autoridades de consumo o competencia (entre otros, Italia, Irlanda, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido) o a departamentos específicos de los ministerios (tales como Portugal y Bélgica). Otros, en cambio, cuentan con un régimen de aplicación privado (como es el caso de Austria, Alemania y España). Ahora bien, la mayoría de los sistemas combinan elementos de aplicación pública y privada [Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final].

3. Este mandato genérico de velar por que los distintos ordenamientos nacionales establezcan medios adecuados y eficaces para combatir las prácticas comerciales desleales se completa con la indicación de algunos remedios que se deben reconocer en todo caso (cesación/prohibición de la práctica comercial desleal) y otros que pueden adoptarse opcionalmente (publicación de la resolución de cesación y de comunicados rectificativos). Estos remedios, empero, no se configuran como un catálogo cerrado de los medios de defensa que los Estados miembros pueden establecer para combatir las prácticas comerciales desleales. A ellos pueden sumarse otros como la remoción de los efectos producidos por la práctica desleal o la indemnización de daños y perjuicios³.

4. En el marco de estos otros remedios pueden incardinarse las acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los consumidores que hayan contratado influenciados por prácticas comerciales desleales. A tal efecto, tanto el Considerando 9 como el art. 3.2 DPCD señalan que esta normativa se entiende sin perjuicio de las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal y que no afecta al Derecho contractual y, en particular, a las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos. De ello puede inferirse que los Estados miembros no tienen la obligación de proporcionar a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales acciones privadas orientadas a la invalidación del contrato resultante. Pero ello no significa que tengan prohibida su adopción. Antes bien, los Estados miembros gozan de libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos de los contratos, toda vez que la Directiva no armoniza el Derecho nacional⁴.

Estas disposiciones ponen de manifiesto la opción de política legislativa seguida por el legislador comunitario consistente en que el régimen de las prácticas comerciales desleales no repercute de forma directa sobre el Derecho privado de los distintos Estados de la UE. De ahí su propósito de deslindar el régimen de las prácticas comerciales desleales y el Derecho privado de los Estados miembros, en coherencia con la finalidad de respetar las distintas tradiciones nacionales en materia contractual⁵. De esta forma, además, se evitaría que las legislaciones nacionales sobre contratos se vieran afectadas por la técnica legislativa de la armonización plena⁶.

5. En todos los Estados miembros, en principio, parece posible basarse en las disposiciones generales del Derecho de contratos para atribuir consecuencias negociales a las prácticas comerciales desleales. Cualquier consumidor podría alegar que una práctica comercial engañosa constituye un supuesto de error o de dolo que vicia su consentimiento. Y del mismo modo, podría argüir que una práctica comercial agresiva genera un vicio en su consentimiento por violencia o intimidación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no existe un principio general conforme al cual una práctica comercial desleal desencadena de forma automática la invalidez, la resolución o rescisión del contrato, o la reclamación de daños y perjuicios. Y el recurso a las doctrinas generales mencionadas está sujeto al cumplimiento de ciertos presupuestos y condiciones que pueden funcionar como una barrera para los consumidores que quieran desvincularse de los contratos suscritos como consecuencia de prácticas comerciales desleales o, en su caso, exigir una reparación por los daños y perjuicios sufridos.

6. En ausencia de remedios individuales comunes en el marco de la UE aplicables a los casos de infracción de las disposiciones de la DPCD, dependerá de cada Estado miembro el establecimiento de

³ J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 144.

⁴ En este sentido se pronuncia la Comisión Europea en el Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, COM(2013) 139 final, p. 10.

⁵ M. DUROVIC, "The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices", *European Review of Private Law*, núm. 5, 2015, p. 716.

⁶ S. WHITTAKER, "The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws", en S. WEATHERILL, y U. BERNITZ (Eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 140 y 141.

las distintas consecuencias negociales que se anudan a la realización de prácticas comerciales desleales, así como la determinación de sus requisitos y alcance.

Haciendo uso de esta libertad, algunos Estados miembros han optado por la atribución de acciones individuales a los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales, estableciendo consecuencias negociales específicas para dichas prácticas ilícitas. Otros Estados miembros, sin embargo, no han previsto acciones individuales, lo que obliga a los consumidores a acudir a los remedios fijados por el Derecho general de contratos o por la normativa específica de consumo.

II. La protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales en el Derecho vigente

7. De entre los distintos sistemas de represión de las prácticas comerciales desleales propuestos por el legislador comunitario, el legislador español se ha decantado por la combinación de un sistema judicial y administrativo.

8. El sistema de represión jurídico público se inicia de oficio o a instancia de parte y se sustancia en un procedimiento administrativo sancionador ante las autoridades competentes en materia de consumo (art. 46 TRLGDCU) que puede conducir a la imposición de sanciones administrativas consistentes en multas, cierre temporal de establecimientos o publicación de las sanciones (arts. 49 y 50 arts. TRLGDCU). En esta dirección, el art. 47 TRLGDCU dispone que “(s)on infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: ... m) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”. Sin embargo, no ha pasado desapercibido el hecho de que la tipificación de la conducta se lleve a cabo mediante la remisión a la LCD, lo que choca con el principio de tipicidad del art. 25 CE, toda vez que las autoridades administrativas no cuentan con la misma competencia que los órganos jurisdiccionales para concretar y aplicar cláusulas generales⁷.

9. El sistema de represión jurídico privado se articula judicialmente a través del ejercicio de las acciones de competencia desleal y se sustancia en el marco del proceso ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil. Este proceso se resuelve, en su caso, mediante el establecimiento de remedios civiles contemplados en el art. 32 LCD. Este precepto dispone que “(c)ontra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones”: declarativa de la deslealtad; de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; de remoción de los efectos producidos por dicha conducta; de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; de resarcimiento de daños y perjuicios; y, por último, de enriquecimiento injusto.

Del art. 32 LCD y, en particular, del empleo de la expresión potestativa “podrán ejercitarse” puede inferirse su carácter ejemplificativo⁸. Consecuentemente, el perjudicado por una práctica comercial desleal puede obtener protección a través de cualquier otra acción que, siendo apropiada a la naturaleza de los intereses lesionados, esté reconocida en nuestro ordenamiento. Tal sería el caso de la acción declarativa general, con la consiguiente posibilidad de ejercitar pretensiones de carácter negativo; la acción reivindicatoria sobre bienes inmateriales; o las derivadas de contratos⁹.

⁷ A. CARRASCO PERERA, “Modificación del régimen de competencia desleal y protección de consumidores en lo relativo a las prácticas comerciales desleales (Ley 29/2009)”, *CESCO*, enero de 2010, pp. 4 y 5. (disponible en <http://centrodeestudios-deconsumo.com>, consultado el 03/06/2021).

⁸ P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18. Acciones”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 305; J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32. Acciones”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 851; y E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor*, Madrid, AEBOE, p. 137. En contra, C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente a la competencia desleal”, en A. TATO PLAZA, P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y C. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 348; y M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal”, en J. A. GARCÍA-CRUCES (Dir.), *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 3/61 (hemos consultado la versión en línea disponible en la biblioteca virtual Tirant online).

⁹ J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 851.

10. En lo que atañe a las acciones contractuales (entre otras: las de cumplimiento contractual, nulidad, resolución del contrato o resarcimiento de daños por incumplimiento contractual), éstas siguen el procedimiento común y se sujetan a la jurisdicción ordinaria. Así parece desprenderse del segundo inciso del art. 19.2 TRLGDCU, cuando dispone que “(n)o tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59”¹⁰. De esta forma, la disciplina de la competencia desleal no prevé acciones individuales específicas encaminadas a remover los efectos contractuales que sean consecuencia de una contratación influenciada por prácticas comerciales desleales. Tan solo se limita a proporcionar a los consumidores el catálogo de acciones previsto en el art. 32 LCD, a través de una regulación que parece pensar más en la tutela de los empresarios afectados por actos desleales que en la protección de los consumidores y usuarios.

11. No obstante, un importante sector de la doctrina mantiene que al amparo de la acción de remoción puede solicitarse la anulación o ineficacia de los contratos celebrados como consecuencia de una práctica comercial desleal, con la única cautela de que se salvaguarden los derechos de terceros de buena fe¹¹.

La acción de remoción es una acción de condena que opera no sobre el acto o práctica, sino sobre sus efectos¹². Su finalidad estriba en que el juez ordene las medidas necesarias para que se eliminen los efectos producidos por el acto de competencia desleal y se restablezca, en la medida de lo posible, la situación anterior¹³. Por consiguiente, sólo podrá ejercitarse si la práctica desleal se ha consumado, toda vez que la remoción presupone la realidad de un impacto efectivo que sea consecuencia de una actuación ilícita consumada, sin que sea suficiente con la mera amenaza de ese resultado material¹⁴. El éxito de una acción de este tipo exige no sólo que el actor acredite la existencia de efectos ocasionados por un acto desleal y su vigencia en el momento de presentarse la demanda, sino también que su eliminación requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, la intervención del Juzgado¹⁵.

¹⁰ A. CARRASCO PERERA, “Modificación del...”, cit., p. 6; J. M. BUSTO LAGO, “Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 245; M. A. EGUSQUIZA, “Prácticas comerciales desleales e incidencia en la contratación de consumo: algunas cuestiones desde la perspectiva española”, en A. PINTO MONTEIRO (Dir.), *Actas del Colóquio prácticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 29; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 23, 2018, p. 8/24 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer).

¹¹ En este sentido, entre otros, J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 536; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 371; M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 7/61; R. MARIMÓN DURÁ, “La OPS como acto de competencia desleal. Fundamentación de una acción colectiva”, en R. MARIMÓN DURÁ (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 90; y J. VEGAS TORRES, “Objeto del proceso y congruencia de la sentencia en los procesos civiles sobre competencia desleal”, *La Ley Mercantil*, núm. 40, 2017, p. 9/19 (hemos consultado la versión en línea disponible en el portal de revistas Wolters Kluwer). En contra, M. RUIZ MUÑOZ, “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)”, *Estudios sobre consumo*, núm. 39, 1996, p. 31; F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Información precontractual obligatoria, error, prácticas comerciales desleales”, en A. CARRASCO PERERA (Dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovit*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 386; M. J. MARÍN LÓPEZ, “La formación del contrato con consumidores”, en M. A. PARRA LUCÁN (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 806; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales frente a la publicidad engañosa: ¿Necesidad de una solución europea?”, en A. TATO PLAZA, J. COSTAS COMESAÑA, P. I. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y F. J. TORRES PÉREZ (Dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Granada, Comares, 2019, p. 14.

¹² M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 6/61.

¹³ P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., p. 311; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional-especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 777 y 778; y E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “El avance en la protección de la persona consumidora y usuaria ante las nuevas prácticas comerciales desleales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, 2013, p. 97.

¹⁴ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 369. En contra, A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “Artículo 32 LCD. Acciones”, en C. LEMA DEVESA (Dir.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29-2009*, L’Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2012, p. 498.

¹⁵ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 367 y ss.

Siendo la finalidad de la acción de remoción disipar, minimizar o suprimir los efectos que una práctica desleal consumada hubiera producido, las medidas que el órgano jurisdiccional puede adoptar para obtener el *status quo* previo pueden ser muy diversas¹⁶. La tipología de medidas que pueden ser adoptadas en el marco de la acción de remoción es tan amplia como distintos los supuestos de hecho que dan lugar a ella¹⁷. Estas pretensiones, que han de concretarse en el suplico de la demanda, tienen que ser objetivamente adecuadas para lograr la eliminación de los efectos producidos y sujetarse a un criterio de proporcionalidad que evite una gravosidad innecesaria¹⁸.

La medida de remoción consistente en la ineficacia del contrato concluido como consecuencia de una práctica comercial desleal rara vez ha sido planteada ante nuestros Tribunales. Tan sólo tenemos noticia de su adopción en un litigio relativo a un supuesto de competencia desleal por violación de normas. Se trata de la SAP de Palma de Mallorca 342/2005, de 28 de julio (AC 2005\2387) que se pronuncia en el sentido de modificar el fallo de la sentencia de instancia que declara nulos y sin efecto una serie de contratos. En su lugar, declara que “(1)a remoción de los efectos producidos por el acto desleal consistirá en dejar sin efecto, tanto los contratos de prestación de servicios con los facultativos como las altas de los asegurados en lo referente al Suplemento Odontológico referido, debiendo dejar de operar el referido Suplemento Odontológico, y de devengar primas, comisiones o franquicias, y ello a contar desde la fecha de la presente resolución judicial”¹⁹.

12. A nuestro juicio, empero, bajo las actuales coordenadas del régimen represor de la competencia desleal, la admisión de la posibilidad de solicitar la anulabilidad o la ineficacia del contrato al amparo de la acción de remoción no está exenta de problemas. De un lado, porque la anulabilidad o ineficacia del contrato no es un remedio que, con carácter general, satisfaga los intereses del consumidor. Y, de otro, por cuanto que el consumidor interesado en solicitar por esta vía la anulación o ineficacia del contrato habrá de acreditar que la eliminación de los efectos de la práctica desleal requiere, bajo criterios de necesidad y de proporcionalidad, de esta medida, lo que no siempre estará justificado a la vista de la distinta gravedad que presentan las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios. Además, esta posibilidad parece desvanecerse en el texto de la LGP, cuando afirma en el párrafo segundo de su art. 6.1 que “(s)i el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá

¹⁶ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., pp. 773 y ss.

¹⁷ Estas pueden consistir en la retirada del mercado, modificación o destrucción de los elementos materiales a través de los cuales se ha llevado a cabo la práctica desleal (folletos, catálogos, cartelería, mobiliario, indumentaria, etc.), de los propios productos o de los materiales necesarios para crear los elementos en los que se concreta la práctica (moldes, programas informáticos, etc.); la cancelación o modificación de asientos registrales; o la retirada de publicidad o la realización de actuaciones de contrapublicidad (J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 536; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 370 y 371; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., pp. 860 y 861).

¹⁸ J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., pp. 535 y 536; P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., p. 313; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 370; y J. VEGAS TORRES, “Objeto del...”, cit., p. 9/19.

¹⁹ En este caso, se dirime la cuestión relativa a la colocación por parte de una entidad aseguradora de un nuevo producto entre sus clientes sin recabar su consentimiento. Se trataba de un producto comercializado como una modalidad de seguro de asistencia sanitaria de carácter complementario (suplemento odontológico), pero que no se correspondía con un seguro. Y ello por cuanto que el cliente debía pagar, por adelantado, todo el importe de las prestaciones dentales que recibe, con la también errónea denominación de franquicias, según una tabla de precios que resultan ser el coste íntegro de cada una de las intervenciones odontológicas incrementado en un 5% de comisión para la compañía. En esta sentencia, el Tribunal entiende que “existe en este caso infracción de las normas reguladoras de la actividad concurrencial –artículo 15.2 de la LCD–, y ello es así en la medida en que la demandada, pese a su condición de aseguradora y amparándose en dicha condición, ha configurado un producto de apariencia formal y terminológica de contrato de seguro sin serlo, configurándose, de hecho, como una mera intermediaria a comisión en la prestación de la asistencia buco dental de sus asegurados, quienes sufragan íntegramente los siniestros de sus bolsillos en forma de falsas franquicias y pagando unas primas y comisiones que van directamente a la columna de beneficios de la compañía, los cuales, irónicamente, serán tanto más altos cuantos más siniestros odontológicos se declaren. Ello supone una infracción del referido artículo, consistente en la canalización masiva de clientes hacia las clínicas dentales concertadas, en detrimento de las no concertadas, mediante el alta unilateral de 53.000 personas. De hecho, la infracción de las normas que regulan la actividad concurrencial, ex artículo 15.2 de la LCD, no se contrae solamente en la infracción de preceptos de la Ley de Contrato de Seguro, sino también de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, artículos 3 y 5, a la sazón vigentes, de los que resultaba la prohibición de las compañías aseguradoras de realizar operaciones que no sean de seguro y carezcan de base técnica actuarial; normas todas ellas que presentan en última instancia una finalidad reguladora de la actividad concurrencial”.

acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera”. De lo que parece deducirse que el contrato no puede ser atacado por el cauce de las acciones de la LCD, sino por la vía de las acciones contractuales previstas en el Derecho general de contratos.

13. Ahora bien, el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal no queda completamente desamparado. La LCD le proporciona algunos remedios individuales para hacer frente a los efectos perjudiciales de este tipo de prácticas. En efecto, el art. 33 LCD atribuye legitimación activa al consumidor cuyos intereses económicos se hayan visto perjudicados por una práctica comercial desleal para ejercer las acciones legales previstas en el art. 32 LCD y, en particular, para reclamar los daños y perjuicios que le haya irrogado (art. 32.5 LCD).

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios es una acción de condena que tiende a la reparación de los daños y perjuicios imputables al demandado que sean consecuencia de una práctica desleal, siempre que haya mediado dolo o culpa. Se trata, por tanto, de una acción dotada de una finalidad exclusivamente reparadora²⁰. Nos encontramos así ante una tutela concedida en relación con un patrimonio privado dañado y cuyo alcance viene delimitado por la magnitud de la lesión real y concreta padecida en éste, que ha de ser calculada con exactitud y a título individual²¹. Esta acción goza de la naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil por culpa *ex arts.* 1101 y 1902 CC. Razón por la cual los requisitos para el éxito de esta acción coinciden con los sostenidos por la doctrina jurisprudencial como soporte de la responsabilidad civil aquiliana (art. 1902 CC)²².

En primer lugar, se exige la acreditación de la deslealtad de la conducta, lo que habrá de analizarse con carácter previo, bien en el mismo procedimiento o bien en un procedimiento anterior. En segundo lugar, la conducta debe haber producido un daño y/o perjuicio, que además ha de ser real, efectivo, actual y evaluable económicamente²³. Cuestiones todas ellas cuya acreditación corresponde al demandante. Bien es cierto que en el ámbito de la competencia desleal se viene recurriendo, aunque de forma vacilante, a la llamada doctrina *in re ipsa loquitur*, que atempera esa carga probatoria cuando las circunstancias del caso permitan concluir de forma lógica y razonable que la conducta enjuiciada ha generado una lesión resarcible²⁴. En tercer lugar, es necesario acreditar la relación de causalidad entre los daños y perjuicios reclamados y la deslealtad de la conducta. Así, el actor debe demostrar no sólo que el sujeto agente ha realizado la conducta, sino también que ésta ha sido trascendente y ha producido el daño. Finalmente, se exige la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto agente.

En sede de competencia desleal y, concretamente, de las prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, el sujeto agente es un sujeto que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional al que se exige un nivel de diligencia más intenso. De ahí que se estreche el espacio que media entre la responsabilidad por culpa y la objetiva, lo que conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia de dolo o culpa en aquellos supuestos en que la deslealtad es manifiesta y el actor ha probado los daños y la relación de causalidad²⁵. Ahora bien, a pesar de ello, la acción de re-

²⁰ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 804; y M. A. ZURILLA CARIÑANA, “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2009, p. 10. No obstante, algunos autores también le atribuyen una finalidad disuasoria o preventiva indirecta (Cfr. J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 540).

²¹ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 381.

²² S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 804; y P. GUALDE CAPÓ y P. BORRÁS CEBRIÁN, “Artículo 18...”, cit., pp. 316 y 317.

²³ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., pp. 822 y ss.

²⁴ Sobre esta cuestión, C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 384 y ss.; J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 869; A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “Artículo 32...”, cit., p. 503; y M. CERVERA MARTÍNEZ, “Acciones y...”, cit., p. 12/61.

²⁵ C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., pp. 386 y 387; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., p. 875. Esta solución también se admite en el ordenamiento italiano. *Vid.*, entre otros, T. RAVÀ, *Diritto Industriale*, 2ª ed., vol. I, Torino, UTET, 1981, pp. 188 y 189; G. GHIDINI, “Competencia desleal: Desde la matriz corporativa a los intereses del mercado”, en G. GHIDINI, *Aspectos actuales del Derecho Industrial, Propiedad Intelectual y competencia*, traducción a cargo de V. MARTI MOYA, Granada, Comares, 2002, p. 144; A. VANZETTI y V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 133 y 134; y C. SIGNORINI, “Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette”, en G. GHIDINI y G. CAVANI (Dir.), *Lezioni di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 136.

sarcimiento de daños y perjuicios es una acción compleja que exige al demandante una carga probatoria especialmente intensa, lo que dificulta su éxito cuando el demandante es un consumidor.

III. Propuestas de lege ferenda: la modulación del régimen de los vicios del consentimiento

14. Como ha podido comprobarse, nuestro Derecho represor de la competencia desleal no reconoce remedios negociales directamente vinculados a la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores. Bajo estas coordinadas regulatorias, el consumidor que haya contratado influenciado por una práctica comercial desleal por engañosa o agresiva sólo puede pretender la anulación del contrato con fundamento en la disciplina de los vicios del consentimiento, con la consiguiente acreditación de sus presupuestos aplicativos, más exigentes que los derivados del régimen de la competencia desleal. Esta situación conduce a la posibilidad de que lo declarado ilícito por desleal, sin embargo, sea considerado lícito (o al menos no invalidante) por el Derecho de contratos. De ahí que algunos autores vengán reclamando una mayor coordinación entre el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal²⁶.

15. Son varios los argumentos sobre los que apoyan esta reclamación. En primer lugar, la superación de la clásica concepción del Derecho represor de la competencia desleal conforme a la cual la celebración del contrato implicaba su retirada o inaplicabilidad. Con la entrada en vigor de las disposiciones derivadas de la DPCD, la protección contenida en la disciplina de la competencia desleal se aleja de su tradicional carácter preventivo y, por tanto, de su aplicación sólo en las fases precontractual y paracontractual, para dar respuesta a los distintos problemas que rodean todo el proceso de contratación, tanto previos, como coetáneo y posteriores a la celebración del contrato. Así se infiere de su art. 3.1 (art. 2.3 LCD), donde se establece que esta regulación se aplica a los actos de competencia desleal “realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato”. Pero, es más, estos autores parten de este precepto para señalar que el concepto de *práctica comercial* a través del cual el legislador comunitario delimita el ámbito de aplicación de la DPCD comprende también el contrato.

En segundo lugar, la coincidencia del bien jurídico protegido por el Derecho de contratos y el Derecho represor de la competencia desleal. Afirman así que el bien jurídico protegido es el mismo, esto es, la libre decisión negocial del consumidor, su libertad de saber y de querer. La cláusula general prohibitiva de la deslealtad en las relaciones entre empresarios y consumidores anuda la calificación de desleal a aquellos comportamientos empresariales contrarios a la diligencia profesional que distorsionen o puedan distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los consumidores (art. 5 DPCD y párrafo 2º del art. 4.1 LCD). Además, la Ley aclara que la distorsión significativa del comportamiento del consumidor consiste en “mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado” [art. 2.e) DPCD y párrafo 3º del art. 4.1 LCD]. En consecuencia, se cuestionan estos autores sobre la incoherencia de que ciertos comportamientos que se reputan desleales por su idoneidad efectiva o potencial (pero indudable) para perturbar la formación del consentimiento negocial del consumidor carezcan de toda relevancia en el plano del Derecho de contratos. Sobre todo, a la hora de determinar si concurren o no vicios del consentimiento de una entidad suficiente para anular el contrato²⁷.

En tercer lugar, la idea de unidad del ordenamiento jurídico. Y es que el carácter unitario del ordenamiento exige no considerar lícito por el Derecho de contratos lo que es declarado ilícito por la disciplina de la competencia desleal y a la inversa. De acuerdo con estos autores, esta idea de unidad

²⁶ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario La Ley*, núm. 8464, 2015., *passim*; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios”, en L. M. MIRANDA SERRANO (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 56 y 57.

²⁷ J. PAGADOR LÓPEZ., “Hacia un nuevo paradigma en cuanto a la celebración del contrato: el impacto del Derecho de los consumidores sobre las reglas aplicables al perfeccionamiento del contrato”, en L. M. MIRANDA SERRANO (Dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, p. 74.

del ordenamiento jurídico requiere armonía entre las decisiones y valoraciones jurídicas pertenecientes a estos sectores normativos²⁸.

Finalmente, la norma prevista en el párrafo segundo del art. 6.1 LGP. Esta disposición se pronuncia en el sentido de admitir la posibilidad de acumular las acciones de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades a la acción de cesación interpuesta para hacer frente a los supuestos de publicidad ilícita. Para estos autores, la norma referida pone de manifiesto que algunas infracciones de la LGP tienen consecuencias en el terreno negocial que no pueden ser desatendidas en su tratamiento judicial.

16. A estos autores, empero, no pasa desapercibida la distinta configuración que tienen en nuestro Derecho el ilícito de deslealtad y el régimen de los vicios del consentimiento, así como sus diferentes presupuestos aplicativos. Razón por la cual mantienen que la calificación de un determinado comportamiento como desleal no debe acarrear de modo automático y sin excepción la nulidad o anulabilidad de todos los contratos que traigan causa de él.

Sin embargo, ello no puede implicar una total desconexión entre el Derecho de contratos y la disciplina de la competencia desleal, toda vez que la realización de prácticas engañosas o agresivas y, por tanto, susceptibles de distorsionar la decisión negocial del consumidor, que conduzcan a la celebración de un contrato no querido por éste, no pueden quedar desprovistas de consecuencias negociales. Por ello, terminan proponiendo que, en estos casos, se establezca una presunción, desvirtuable por la otra parte, de que el contrato ha nacido viciado; o pueda considerarse acreditada la concurrencia de un vicio del consentimiento, quedando a cargo del interesado la prueba de sus requisitos aplicativos²⁹.

17. En el ordenamiento jurídico italiano, la falta de reconocimiento de remedios contractuales a disposición de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales y las similitudes existentes entre la disciplina de las prácticas comerciales desleales con consumidores y el régimen de los vicios del consentimiento han llevado a un sector de la doctrina a reclamar soluciones análogas. Por un lado, algunos autores sostienen que la existencia de una práctica comercial desleal puede servir para establecer la presunción de la concurrencia de algunos requisitos del régimen de los vicios del consentimiento³⁰, como la intención de engañar en el dolo³¹, o la esencialidad o la excusabilidad en el engaño³². Por otro lado, no falta quien sostiene que la apreciación de una práctica comercial desleal con los consumidores integra por sí sola la concurrencia de un vicio del consentimiento. De modo que, una vez que el consumidor haya demostrado la existencia de una práctica comercial desleal, será el empresario quien haya de demostrar que, en el caso en cuestión, no concurren los requisitos que el Derecho común exige para la anulación del contrato por vicios del consentimiento³³.

18. Esta ausencia de remedios negociales específicos anudados a la realización de prácticas comerciales desleales no es exclusiva de los ordenamientos español e italiano, sino que se extiende a gran

²⁸ Como lo corrobora de forma muy clara (añaden estos autores) la doctrina de las restricciones accesorias: L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección ...”, cit., p. 57; sobre esta doctrina de origen americano y la conexión que a través de ella se realiza entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia: L.M. MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y Prácticas colusorias”, *Derecho de los Negocios*, núm. 122, 2000, pp. 1 y ss.; L.M. MIRANDA SERRANO, “En el Derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, pp. 15 y ss.

²⁹ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10. En un sentido similar se pronuncia E. GONZÁLEZ PONS, *Prácticas agresivas...*, cit., pp. 172 y 173.

³⁰ L. GILIBERTI, “Il danno da pratica commerciale scorretta”, en P. CENDON y C. PONCIBÒ (Dir.), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 390; y L. LA ROCCA, “Articolo 24. Pratiche commerciali aggressive”, en V. CUFFARO (Ed.), *Codice del consumo*, 5ªed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 231.

³¹ A. P. SEMINARA, “La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette”, *I Contratti*, núm. 6, 2018, p. 700.

³² M. R. MAUGERI, “Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali”, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 6/9 (hemos consultado la versión en línea disponible en la base de datos Leggi d'Italia Legale).

³³ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 196 y ss.

parte de los Estados miembros de la UE. De ahí que la doctrina comparada haya tratado de superar la insuficiencia del régimen de los vicios del consentimiento para hacer frente a esta problemática proponiendo soluciones similares, aunque algo más laxas. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de ampliar la interpretación de los presupuestos de los vicios del consentimiento, extendiendo este régimen más allá de sus parámetros clásicos³⁴.

19. Ahora bien, este tipo de soluciones basadas en la presunción de la existencia de un vicio del consentimiento en aquellos contratos celebrados con consumidores, a nuestro juicio, no resulta satisfactoria. Si bien es cierto que la concurrencia de una práctica comercial desleal y los elementos del tipo de los distintos ilícitos de deslealtad con los consumidores pueden servir para integrar e interpretar algunos de los presupuestos necesarios para determinar la concurrencia de un vicio del consentimiento, la mera existencia de una práctica comercial desleal con los consumidores no puede suponer una presunción de consentimiento viciado. Así lo entendemos por cuanto que no todas las prácticas comerciales desleales con los consumidores responden al supuesto de hecho propio de los vicios del consentimiento. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta (art. 5.2 LCD); en la realización de una oferta comercial de bienes a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables (art. 22.1 LCD); en el envío de una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado (art. 27.4 LCD); o en exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños resultantes o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos (art. 31.1 LCD). Desde nuestro punto de vista, establecer una presunción de que el contrato ha nacido viciado cuando derive de una práctica comercial desleal conduciría a una inadmisibles extensión del concepto y significado de los vicios del consentimiento.

Además, esta solución, al igual que la derivada de la interpretación e integración de los presupuestos del régimen de los vicios del consentimiento con auxilio en la normativa represora de la deslealtad, sólo permite dar respuesta a los intereses de los consumidores que se hayan visto afectados por prácticas comerciales desleales especialmente lesivas. Lo que dejaría huérfanos de tutela a los consumidores afectados por el grueso de las prácticas comerciales desleales que, difícilmente, serán lo suficientemente graves para dar lugar a un consentimiento viciado.

IV. Las distintas soluciones adoptadas en el Derecho comparado

20. Ciertamente, las distintas prácticas comerciales y comportamientos concurrenciales puestos en práctica en el mercado pueden tener una marcada influencia sobre la conformación de la voluntad negocial y, por tanto, sobre la contratación. Esta realidad no ha pasado desapercibida para los legisladores de algunos Estados miembros, que han arbitrado acciones individuales encaminadas a proporcionar remedios negociales a los contratantes que hayan concluido una operación comercial como consecuencia de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, las diferentes soluciones adoptadas han sido dispares, no sólo en cuanto al remedio negocial arbitrado, sino también en lo que se refiere al tipo de práctica comercial desleal que permite su aplicación. En las siguientes líneas abordaremos el estudio de las diversas medidas adoptadas en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros que han optado por estas soluciones, clasificándolas en función del tipo de remedio negocial adoptado.

³⁴ H. COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *European Review of Contract Law*, vol. 1, Iss. 4, 2005, p. 425; y M. KOUTSIS y C. WILLET, “UK Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive”, en W. VAN BOOM, A. GARDE y O. AKSELI (Eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, London-New York, Routledge, 2016, p. 31.

1. El reconocimiento de un derecho de desistimiento

21. El primer ordenamiento jurídico en arbitrar remedios negociales específicos destinados a la protección de la clientela que contratara afectada por una práctica desleal fue el alemán. En esta dirección, la modificación llevada a cabo en 1986 en la UWG de 1909³⁵ reconocía un derecho de desistimiento a quienes celebraran un contrato como consecuencia de una publicidad engañosa (§ 13a)³⁶.

En concreto, el apartado primero del § 13a señalaba que si el cliente resultaba inducido a contratar como consecuencia de una publicidad falsa y engañosa en el sentido del § 4 y que respecto del círculo de personas al que se dirigía podía considerarse esencial para la celebración del contrato, podría desistir de éste. Si la publicidad provenía de un tercero, el cliente solo tenía derecho a desistir del contrato si la otra parte conocía o debía conocer la falsedad de la información y su idoneidad para inducir a error, o si asumió la publicidad con esa información mediante actos propios. De esta forma, el legislador alemán dotaba a las prácticas desleales de consecuencias negociales, reconociendo un derecho de desistimiento a quien contratara afectado por este tipo de prácticas. Se trataba de una medida que no hacía distinciones en función del tipo de contratante afectado, resultando de aplicación tanto en las relaciones entre empresarios como entre éstos y los consumidores. Sin embargo, este remedio negocial no se reconocía con carácter general frente a cualquier tipo de práctica desleal, sino que quedaba restringido a los supuestos de publicidad engañosa con dolo sancionadas como un ilícito penal (§ 4 UWG)³⁷.

El propio § 13a UWG, en su apartado segundo, se refería a la forma y momento en que había de ejercitarse este derecho de desistimiento. Y, a este respecto, señalaba que el desistimiento debía ser comunicado a la otra parte del contrato inmediatamente después de que el cliente hubiera tenido conocimiento de las circunstancias que justificaban su derecho de desistimiento, decayendo si no se comunicaba dentro de los seis meses posteriores a la celebración del contrato.

Junto a ello, el precepto bajo consideración establecía que, en caso de que la publicidad proviniera de un tercero, éste habría de resarcir al otro contratante tan solo los daños y perjuicios derivados del desistimiento del cliente, a menos que dicho contratante conociera de la infracción.

22. Este precepto, empero, fue suprimido con la promulgación de la UWG de 2004³⁸. Entre los motivos que determinaron su derogación, el correspondiente Proyecto de Ley señalaba su escasa incidencia práctica, lo que era consecuencia de las múltiples lagunas e imperfecciones técnicas que fueron puestas de relieve por la doctrina³⁹.

23. Ahora bien, no puede negarse que la adopción de un remedio negocial de este tipo supuso un importante hito en el Derecho represor de la competencia desleal, pues vino a poner el foco sobre uno de los problemas más acuciantes de este sector del ordenamiento jurídico: su relación con el Derecho de obligaciones y contratos. Y, en particular, en la influencia que las prácticas desleales tienen en la formación de la voluntad negocial de los sujetos afectados. Además, es de destacar que el remedio negocial utilizado fuera el instrumento jurídico que, posteriormente, ha sido acogido sectorialmente por la normativa comunitaria en aquellos ámbitos donde con mayor frecuencia afloran este tipo de prácticas⁴⁰.

24. A pesar de ello, no puede dejar de señalarse que la articulación de una medida negocial de este tipo como mecanismo de protección del contratante afectado por una práctica desleal puede

³⁵ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *Reichsgesetzblatt*, de 7 de junio de 1909, pp. 499 y ss.

³⁶ Como se sabe, el derecho de desistimiento es un remedio utilizado por el legislador en el ámbito de la contratación de consumo (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, a distancia, etc.); sobre él, recientemente, en el terreno de la contratación de contenidos digitales: L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley Mercantil*, núm. 76 2021, pp. 1 y ss.

³⁷ J. W. GERLACH, “La protección de los consumidores en el Derecho alemán”, en J. I. FONT GALÁN y F. LÓPEZ MENUÑO (Coords.), *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 247.

³⁸ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *Bundesgesetzblatt*, de 3 de julio de 2004, pp. 1414 y ss.

³⁹ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10.

⁴⁰ *V.* al respecto las consideraciones que recientemente realiza L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho...”, cit., pp. 1 y ss.

generar algunos problemas que entorpecen su efectividad. Esencialmente, el derivado del hecho de que la regulación de este derecho de desistimiento se aleja de la configuración típica que ha adquirido el derecho de desistimiento en la normativa de consumo. Y es que en estos casos no puede hablarse de un derecho de desistimiento *ad nutum*, sino de un derecho de desistimiento condicionado a la constatación de una práctica comercial desleal. Cuestión que, en nuestro ordenamiento, debe ser declarada por un órgano jurisdiccional tras el ejercicio de las acciones correspondientes. De modo que un derecho de desistimiento así articulado quedaría condicionado a una previa resolución judicial que declarara la deslealtad de la práctica, lo que supondría postergar su ejercicio hasta el momento en que dicha resolución adquiriese firmeza.

Además, una solución como la que aquí se expone podría suscitar diversos problemas de índole práctica. De un lado, el derivado de la temporalidad del derecho de desistimiento. Y es que este derecho siempre ha estado caracterizado como un derecho temporal. Pero su condicionamiento a una previa resolución judicial supone ampliar en exceso ese plazo de ejercicio que habría de contar desde la firmeza de la resolución, lo que implicaría añadir un elemento de inseguridad a las transacciones económicas⁴¹. Y, de otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la problemática que se generaría una vez ejercitado el derecho de desistimiento tras ese plazo tan amplio cuando las partes hubieran de restituirse recíprocamente lo que hubiesen percibido en virtud de un contrato celebrado con tanta antelación. A ello debemos sumar el dato de que la nota de la gratuidad, que es consustancial al derecho de desistimiento, quedaría fuertemente diluida como consecuencia de la necesidad de interponer la demanda en la que se ejerciten las acciones por competencia desleal.

2. La anulabilidad del contrato

25. En un momento temporal más cercano, algunos Estados miembros, haciendo uso de la libertad que les confiere el art. 3.2 DPCD para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato, han optado por disponer la anulabilidad del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal con los consumidores. Tal es el caso de los ordenamientos de Polonia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.

A) Polonia

26. Pese a las numerosas dudas que inicialmente se plantearon en relación con el reconocimiento de remedios negociales individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas desleales, finalmente, la Ley de prácticas comerciales desleales polaca⁴² se decantó por anular consecuencias negociales a dichas prácticas. En este sentido, su art. 12 dispone que el consumidor cuyos intereses hayan sido perjudicados por prácticas comerciales desleales puede exigir la cesación de dichas prácticas, la remoción de sus efectos, la publicación de la sentencia y de declaraciones rectificadoras, el resarcimiento de los daños y perjuicios, así como una declaración de invalidez del contrato. Ahora bien, tanto la acción de resarcimiento de daños y perjuicios como la de declaración de invalidez del contrato precisan

⁴¹ Lo que ha querido evitarse en todo momento por la UE como lo muestra, a las claras, el dato de que cuando el empresario no informa al consumidor del derecho de desistimiento, en lugar de quedar expedita la vía para desistir por parte del consumidor, se ha optado por ampliar el plazo de ejercicio de 14 días naturales a 12 meses. En efecto, esta es la opción seguida por la Directiva 83/2011 sobre los derechos de los consumidores, que ha merecido la crítica de la doctrina: L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 77 y ss.; ÍDEM, “El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 475 y ss.

⁴² Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, núm. 171, de 20 de septiembre 2007.

de una prueba más estricta, que exige al consumidor acreditar no sólo la concurrencia de dolo o culpa, sino también la existencia de un daño real y efectivo⁴³.

27. En rigor, el apartado 4 del art. 12.1 de la Ley de prácticas comerciales desleales contempla un supuesto de anulabilidad, toda vez que anuda un efecto jurídico constitutivo a la sentencia del tribunal que se pronuncie sobre el asunto. El legislador especifica en el inciso final del artículo 12.1.4 que la anulación del contrato debe ir acompañada automáticamente de la obligación de devolver las cosas que hubiesen sido objeto del contrato con sus rendimientos y el precio con sus intereses⁴⁴. Asimismo, el ordenamiento jurídico polaco deja abierta la posibilidad de recurrir al resto de remedios disponibles tanto en el Código Civil como en las demás leyes destinadas a la tutela de los consumidores. De modo que no se le puede negar la facultad de instar la anulación del contrato sobre la base del régimen de los vicios del consentimiento⁴⁵.

28. Ciertamente, la solución adoptada por el ordenamiento polaco supone una mejora del régimen de protección de los consumidores respecto del previsto en la DPCD, toda vez que atribuye a los consumidores remedios negociales específicos encaminados a eliminar los efectos contractuales derivados de prácticas comerciales desleales. Sin embargo, la doctrina polaca ha puesto de manifiesto que la indefinición de los contornos de la Ley de prácticas comerciales desleales y del Derecho de contratos, unida a las dificultades sustantivas y adjetivas que plantea el ejercicio de estas acciones, han conducido a una escasa aplicación práctica de este remedio⁴⁶.

B) Luxemburgo

29. El legislador luxemburgués también ha anudado consecuencias negociales específicas a las prácticas comerciales desleales con los consumidores. En este sentido, el art. 122-8 del Código de Consumo⁴⁷ dispone en su apartado segundo que “(c)ualquier cláusula o combinación de cláusulas de un contrato, concluido en violación de este título, se considera nula y no escrita. Sin embargo, esta nulidad solo puede ser invocada por el consumidor”⁴⁸. Este último inciso ha llevado a un sector de la doctrina a calificar la nulidad postulada por este precepto como nulidad relativa, toda vez que sólo puede ser instada por el consumidor afectado por la práctica comercial desleal⁴⁹.

30. Asimismo, el art. 122-8 del *Code de la consommation* anuda en su apartado tercero otro remedio comercial específico a ciertas prácticas comerciales desleales con los consumidores. En concreto, establece que “(e)l comerciante que cree, mediante el contenido o la presentación de sus comunicaciones comerciales, la impresión de que el consumidor ha ganado un premio, debe entregar este premio al consumidor”⁵⁰. De esta forma, trata de ponerse coto a aquellas prácticas encaminadas a atraer a la

⁴³ R. SIKORSKI, “Implementation of the Unfair Commercial Practices Directive in Polish Law”, *Medien und Recht-International Edition*, núm. 2, 2009, pp. 54 y 55.

⁴⁴ I. B. NESTORUK, “Poland: The Impact of the UCP Directive on National Contract and Tort Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 201.

⁴⁵ R. SIKORSKI, “Implementation of...”, cit., p. 55.

⁴⁶ M. NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *Journal of Consumer Policy*, núm. 36, 2013, p. 337.

⁴⁷ Loi du 8 avril 2011 portant introduction d’un Code de la consommation, *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 69, de 12 de abril de 2011.

⁴⁸ La traducción es nuestra.

⁴⁹ P. ANCEL y E. POILLOT, “La vulnérabilité économique”, *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 27-28, 2017-2018, p. 280. Otros autores, en cambio, entienden que se trata de una nulidad de pleno derecho (Cfr. M. DUROVIC, “The Subtle...”, cit., p. 744; y D. M. MATERA, “Prácticas comerciales desleales, acciones individuales y armonización plena”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 61, 2019, p. 110).

⁵⁰ La traducción es nuestra. Este apartado fue introducido por la Loi du 25 avril 2018 portant modification du Code de la consommation en ce qui concerne les voyages à forfait et les prestations de voyages liées, et modifiant la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l’accès aux professions d’artisan, de commerçant, d’industriel ainsi qu’à certaines professions libérales, *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 308, de 25 de abril de 2018.

clientela mediante promesas falsas sobre la obtención de premios. Se arbitra así una solución cercana al principio de la integración publicitaria del contrato que trata de responder a las expectativas legítimas generadas en el consumidor por las declaraciones públicas propaladas por los empresarios.

31. Ahora bien, pese a los esfuerzos del legislador, la inseguridad generada por la evaluación detallada que exige el enjuiciamiento de este tipo de prácticas, así como el escaso número de litigios planteados, han llevado a la doctrina luxemburguesa a poner en entredicho la efectividad de este régimen de remedios negociales⁵¹.

C) Países Bajos

32. Igualmente, el ordenamiento jurídico de Países Bajos opta por el régimen de la anulabilidad del contrato cuando éste trae causa de una práctica comercial desleal con los consumidores. A tal efecto, el art. 6:193.j del Código civil⁵² establece en su apartado 3 que el contrato celebrado como resultado de una práctica comercial desleal es anulable.

La instauración de este remedio contractual se justificó, de un lado, en el incremento del nivel de protección que supone para los consumidores frente a la normativa precedente. En particular, como medio para garantizar el cumplimiento de los deberes de información a cargo de los empresarios. Y, de otro, en el entendimiento de que se trata de un remedio más apropiado para tutelar los intereses de los consumidores, puesto que les permite volver a la situación en la que se encontraban antes de la realización de la práctica comercial desleal.

33. Aunque este precepto se introdujo hace relativamente poco tiempo, hay indicios de que el remedio ha sido bien recibido en la práctica. La jurisprudencia es escasa, como suele ser habitual en sede de competencia desleal, pero ya existen varios casos en los que ha sido aplicado⁵³.

D) Portugal

34. Otro de los Estados miembros que ha previsto remedios negociales encaminados a tutelar los intereses económicos de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales ha sido Portugal. En el ordenamiento jurídico portugués, la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores desencadena la aplicación de sanciones jurídico-públicas y jurídico-privadas. En el plano jurídico privado, que es el que aquí interesa, la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece distintos remedios civiles⁵⁴. En particular, el consumidor puede reclamar la cesación y/o la prohibición de la práctica (art. 16), la anulación del contrato celebrado bajo la influencia de dicha práctica (art. 14.1), la modificación del contrato “según juicios de equidad” (art. 14.2) y, en caso de que la invalidez afecte únicamente a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener el contrato reducido a su contenido válido (art. 14.3). Además, el consumidor tiene la posibilidad de instar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 15)⁵⁵.

⁵¹ P. ANCEL y E. POILLOT, “La vulnérabilité...”, cit., p. 281.

⁵² Burgerlijk Wetboek Boek 6, Verbintenissenrecht, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 600, de 18 de diciembre de 1991. El precepto en cuestión fue introducido por la Implementatiewet richtlijn consumentenrechten van 12 maart 2014, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, núm. 140, de 12 de marzo de 2014.

⁵³ Más ampliamente, V. MAK, “Unfair Commercial Practices and Dutch Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 6, 2015, p. 249.

⁵⁴ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de marzo, *Diário da República*, núm. 60/2008, de 26 de marzo de 2008. El régimen actual de sanciones civiles frente a las prácticas comerciales desleales es fruto de la modificación llevada a cabo por el Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, *Diário da República*, núm. 186/2015, de 23 de septiembre de 2015.

⁵⁵ A. DE SOVERAL MARTINS, “La transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE) en Portugal por el Decreto-Ley núm. 57/2008, de 26 de marzo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6, 2010, p. 168 y ss.

35. El art. 14.1 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que el contrato celebrado bajo la influencia de cualquier práctica comercial desleal es anulable a instancia del consumidor, de conformidad con el art. 287 del Código civil portugués. El precepto bajo consideración no especifica los plazos para el ejercicio de la acción ni sus efectos. De modo que resulta de aplicación el régimen legal común establecido en los arts. 287 y ss. del Código civil, que establece el plazo de un año desde el cese de la práctica (art. 287.1). Ahora bien, si el contrato aún no se ha ejecutado, la anulabilidad puede ser invocada sin sujetarse a ningún plazo, tanto por vía de acción como de excepción (art. 287.2)⁵⁶. Consecuentemente, los consumidores pueden decidir libremente si mantener el contrato (y la posterior producción de sus efectos legales) o instar su anulación.

36. El apartado 2 del artículo 14 otorga al consumidor el derecho a solicitar una modificación del contrato en función de consideraciones de equidad como solución alternativa a la anulación. Esta solución brinda al consumidor una amplia protección, toda vez que no se ve en la tesitura de elegir entre, por un lado, la vigencia de un contrato cuyo contenido fue determinado como consecuencia de prácticas comerciales desleales y, por otro, la ineficacia del contrato (si se produce su anulación). Resulta, por tanto, que el consumidor puede exigir la reconstrucción del contrato, dotándolo de contenidos diferentes a los efectivamente pactados a la luz de un juicio de equidad⁵⁷.

Esta solución no está incluida en la DPCD y no se corresponde bien con la naturaleza de las prácticas comerciales desleales, ya que estas prácticas no se caracterizan precisamente por generar un desequilibrio contractual que deba corregirse de manera equitativa. Se trata, en cambio, de prácticas que conducen a la conclusión de contratos basados en acciones u omisiones engañosas o prácticas agresivas. De ahí que la modificación del contrato difícilmente sea un remedio adecuado en caso de vulneración de los derechos del consumidor⁵⁸.

37. Por último, el art. 14.3 de la Ley portuguesa de prácticas comerciales desleales establece que, cuando la nulidad afecta sólo a una o más cláusulas del contrato, el consumidor puede optar por mantener dicho contrato, aunque reducido a su contenido válido.

Este enfoque, empero, es diferente al recogido en el Código civil portugués, donde la reducción del contrato en caso de nulidad parcial no se produce en los casos en que se demuestre que dicho negocio jurídico no se habría concluido sin la parte nula. En consecuencia, si el contrato ha sido celebrado a raíz de una práctica comercial desleal, el consumidor puede decidir mantener el contrato en forma reducida, incluso si la empresa puede demostrar que, sin la parte nula, el contrato no se habría celebrado. Esto crea una injerencia en el principio de autonomía de las partes (ya que se mantendrá un contrato cuyo contenido está integrado por cláusulas efectivamente no deseadas por una de las partes y a las que el consumidor no hubiera prestado su consentimiento), que se justifica en la necesidad de proteger al consumidor y sancionar el negocio fundado en una violación de la prohibición de realización de prácticas comerciales desleales⁵⁹.

3. La nulidad del contrato: la solución francesa

38. El legislador francés ha optado, en cambio, por establecer la nulidad de los contratos celebrados a raíz de prácticas comerciales desleales como remedio negocial específico para combatir los efectos producidos por dichas prácticas. Así, el art. L132-10 del Código de consumo francés establece que el contrato concluido a raíz de una práctica comercial agresiva de las recogidas en los artículos L.

⁵⁶ S. PASSINHAS, “Práticas comerciais desleais no sector das telecomunicações”, en A. PINTO MONTEIRO (Dir.), *Actas del Colóquio práticas comerciais desleais*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2017, p. 182.

⁵⁷ P. MAIA, “Portugal: The Implementation of Directive 2005/29/EU from the Perspective of Portuguese Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, pp. 206 y 207.

⁵⁸ L. M. MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 2, 2011, p. 444.

⁵⁹ P. MAIA, “Portugal: The...”, cit., p. 207.

121-6 y L. 121-7 es nulo y no produce efectos⁶⁰. Se trata, por tanto, de una nulidad de pleno derecho, que será declarada tras el reconocimiento, por parte del tribunal penal, de la existencia de la infracción (independientemente de la cuantía de la pena)⁶¹. De esta forma, el consumidor afectado por la práctica agresiva no tendrá que acudir a la jurisdicción civil para solicitar la nulidad del contrato que hubiera podido celebrarse como consecuencia de ella. No obstante, si el empresario actúa de mala fe, el juzgado civil podría pronunciarse sobre la nulidad del contrato⁶².

39. Ahora bien, si el artículo L. 132-10 del Código de consumo establece claramente la nulidad del contrato celebrado como consecuencia de una práctica agresiva, los artículos L. 132-1 y siguientes no se pronuncian sobre el destino del contrato celebrado como resultado de una práctica comercial engañosa. Es por ello que el consumidor que contrate influenciado por una práctica comercial engañosa sólo puede instar la anulabilidad del contrato con apoyo en el régimen de los vicios del consentimiento. Y, en este sentido, se ha sostenido que, pese a que es tentador establecer el principio según el cual la mera declaración de deslealtad de una práctica comercial engañosa sería suficiente para afirmar la concurrencia de un vicio del consentimiento, el consumidor debe acreditar de manera independiente la existencia de dicho vicio, no bastando, por tanto, con la mera declaración de la deslealtad por parte del tribunal⁶³.

40. A nuestro juicio, empero, no existe una razón lógica que obligue a discriminar entre prácticas engañosas y agresivas a los efectos de anularles unas consecuencias negociales específicas. Pero, es más, somos de la opinión de que la nulidad de pleno derecho del contrato que traiga causa de una práctica comercial desleal no es un remedio adecuado dadas sus particulares características estructurales y procesales. De un lado, porque la nulidad del contrato no satisface, con carácter general, los intereses del consumidor afectado por dichas prácticas. Y, de otro, porque el régimen de la nulidad de pleno derecho puede conducir a situaciones problemáticas. En primer lugar, el hecho de que la nulidad de pleno derecho pueda ser aplicada de oficio por los tribunales puede dar lugar a conflictos innecesarios. En segundo lugar, la amplia legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad puede acarrear que sea el propio empresario quien solicite la nulidad del contrato en contra de los intereses del consumidor, que no podría aprovechar los beneficios del negocio que le resultara favorable. Y, en tercer lugar, la imprescriptibilidad de la acción genera una palpable situación de inseguridad jurídica.

4. El reembolso del preciso sin devolución del bien: la solución belga

41. En el ordenamiento jurídico belga también se atribuyen consecuencias contractuales a las prácticas comerciales desleales con consumidores. Sin embargo, se aparta de los remedios negociales adoptados en otros Estados miembros y, en su lugar, arbitra una acción *sui generis* que se encuentra recogida en el art. VI.38 del *Code de droit économique*⁶⁴. Esta solución consiste en facultar al consumidor

⁶⁰ LOI no 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), *Journal Officiel de la République française*, núm. 171, de 27 de julio de 1993. El precepto en cuestión fue introducido por la Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, *Journal Officiel de la République française*, núm. 64, de 27 de julio de 1993.

⁶¹ En esta dirección, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Douai 13/02453, de 3 de julio de 2014 (JurisData núm. 2014-017675) declara nulo el contrato de crédito al consumo que es suscrito como consecuencia de una práctica comercial agresiva consistente en el hecho de acudir catorce veces, en menos de dos meses, al domicilio de un enfermo para que firme contratos de cualquier tipo.

⁶² G. RAYMOND, "Pratiques commerciales déloyales et agressives", *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 919, 2018. En este sentido, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Riom 14/02767, de 15 de febrero de 2016 (JurisData núm. 2016-003148) declara que el contrato suscrito con una empresa para la instalación de una cocina con muebles y electrodomésticos debe ser declarado nulo desde que se comprueban maniobras fraudulentas en el ejercicio de una práctica comercial deshonestas y engañosa, que van mucho más allá de las simples prácticas comerciales agresivas.

⁶³ N. ERÉSÉO, "Pratiques commerciales trompeuses", *JurisClasseur Communication*, Fasc. 3480, 2019.

⁶⁴ Loi portant insertion du titre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les

para reclamar el reembolso del precio pagado o rechazar el pago del precio sin obligación de devolver los bienes adquiridos o compensar los servicios prestados cuando el contrato en cuestión haya sido concluido como consecuencia de una práctica engañosa o agresiva.

42. Ahora bien, el precepto bajo consideración se refiere a siete prácticas desleales específicas cuya realización desencadena la aplicación automática del remedio⁶⁵. No está claro por qué el legislador belga ha limitado la aplicación automática de este remedio a estas siete prohibiciones específicas. Los trabajos preparatorios señalaban que este remedio quedaba limitado a las prácticas comerciales más perjudiciales para los consumidores. Pero no se explica por qué estas siete prácticas comerciales se consideran las más engañosas o agresivas⁶⁶.

Cuando el empresario lleve a cabo alguna de estas prácticas, el consumidor no tiene que acudir a los tribunales, bastando con reclamar el precio al empresario sin necesidad de proceder a la devolución de los bienes. Y, si el empresario se niega a la devolución del precio, el consumidor cuenta con la facultad de acudir a los tribunales para reclamar sus derechos. El problema surge a la hora de demostrar que el empresario ha llevado a cabo alguna de estas prácticas, ya que su prueba corresponde al consumidor.

De acuerdo con el precepto bajo consideración, el consumidor debe solicitar el reembolso a la empresa en un plazo razonable, a partir del momento en que tuviera o debiera tener conocimiento de la práctica comercial desleal. Sin embargo, no está claro cuándo un período de tiempo debe considerarse “razonable” y en qué circunstancias un consumidor debe ser consciente del hecho de que una determinada práctica comercial es desleal.

En caso de que aún no se haya realizado el pago, el consumidor puede simplemente negarse a pagar. Y si, posteriormente, la empresa demanda al consumidor con el fin de obtener el pago, el consumidor podrá invocar como defensa el referido art. VI.38. Pero, si la empresa aún no ha entregado los bienes o ha proporcionado los servicios, parece que el consumidor no podrá reclamar la entrega del bien o la prestación del servicio sin proceder al pago.

43. En los supuestos de prácticas comerciales desleales no mencionadas en el precepto, el tribunal puede aplicar este remedio, pero no está obligado a hacerlo. Además, el tribunal tiene la posibilidad de estimar sólo su aplicación parcial, por ejemplo, permitiendo que el consumidor se quede con el bien adquirido o el servicio prestado si este paga la mitad del precio, o decidiendo que el consumidor no abone el precio, pero devuelva el bien.

Un importante problema aplicativo viene dado por el hecho de que la referida norma no contiene una lista de criterios o circunstancias que el tribunal pueda tener en cuenta a la hora de decidir si aplica o no este remedio. Podría suponerse que el tribunal tomará en consideración la gravedad de la infracción,

Livres Ier et XV du Code de droit économique, *Moniteur Belge*, núm. 397, de 30 de diciembre de 2013, p. 103505 y ss. Esta norma fue introducida en el ordenamiento belga por el art. 41 de la Loi 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*Moniteur Belge*, núm. 108, de 12 de abril de 2010, p. 20799 y ss.) y pasa sin ningún cambio a conformar el art. VI.38 del *Code de droit économique*. Un análisis del art. 41 de la Loi 6 avril 2010 y de su eficacia puede encontrarse en R. STEENNOT, “The Belgian civil remedy in case of an unfair commercial practice towards a consumer: an effective, proportionate and dissuasive sanction?”, *Business and Economics Series*, núm. 2, 2012, pp. 17 y ss.

⁶⁵ Estas son: 1ª) realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor y usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio; 2ª) alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar; 3ª) proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones; 4ª) hacer creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado; 5ª) realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella; 6ª) crear la impresión falsa de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto; y 7ª) exigir el pago inmediato o diferido, o la devolución o custodia de los productos suministrados por la empresa, pero no solicitados por el consumidor.

⁶⁶ R. STEENNOT, “Belgium: Private Law Remedies for Breach of the Prohibition of Unfair Commercial Practices”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 5, 2015, p. 189

la medida en que el comportamiento económico del consumidor haya sido influenciado por la práctica comercial desleal, las consecuencias económicas de la infracción para el consumidor y la proporcionalidad del remedio en relación con la infracción y los daños sufridos por el consumidor. También cabe esperar que el tribunal sea menos estricto cuando el empresario conculque una de las prohibiciones establecidas en las disposiciones generales reguladoras de las prácticas engañosas o agresivas que cuando infrinja una prohibición incluida en la lista negra⁶⁷.

44. En cuanto a sus presupuestos aplicativos, el art. VI.38 requiere que el consumidor haya celebrado un acuerdo a raíz de una práctica comercial desleal. La única excepción a este respecto sería el supuesto de envíos o suministros no solicitados, ya que, en estos casos, por definición, no existe contrato.

De acuerdo con un sector de la doctrina, sería necesario acreditar que el consumidor no habría celebrado el contrato si no se hubiera producido la práctica comercial desleal, bajo el argumento de que este remedio sólo puede ser invocado si la práctica comercial desleal puede calificarse simultáneamente como un vicio del consentimiento. Sin embargo, la propia operativa del precepto se opone a esta conclusión, toda vez que muchas de las prácticas incluidas en la lista negra no han de conducir *per se* a la existencia de un vicio del consentimiento. Será, por tanto, suficiente con que se acredite que el consumidor no habría celebrado el contrato en los mismos términos si no hubiera existido la práctica desleal⁶⁸.

45. Pese a que este remedio aparece, en principio, como un instrumento ciertamente interesante para los consumidores individuales que celebran contratos influenciados por prácticas comerciales desleales, su efectividad queda en entredicho. Fundamentalmente, porque los criterios de aplicación son poco claros, sobre todo, en lo que atañe a los supuestos no incluidos en la lista negra de prácticas comerciales engañosas y agresivas. En concreto, no queda claro, si los tribunales exigirán que el consumidor demuestre efectivamente que no habría celebrado el contrato sin la práctica comercial desleal y que existe un vínculo de causalidad entre su conclusión y la práctica comercial desleal. La posibilidad de que se requiera dicha prueba podría disuadir a los consumidores de recurrir a este recurso, ya que estos últimos tendrían que asumir los costes del procedimiento y deberían compensar los costes procesales del empresario si no pueden convencer al tribunal de la aplicación del remedio⁶⁹.

5. La rescisión del contrato o la rebaja del precio: la solución inglesa

46. La incorporación de la DPCD no supuso la introducción en el ordenamiento jurídico inglés de remedios negociales específicos a disposición de los consumidores que contrataran afectados por prácticas comerciales desleales⁷⁰. Sin embargo, la inaccesibilidad de las normas aplicables, que revestían una alta complejidad para los consumidores, condujo en 2014 a la modificación de dicho ordenamiento⁷¹. Con carácter previo a dicha reforma legislativa, el consumidor que contrataba afectado por prácticas comerciales desleales únicamente tenía a su disposición las acciones por *misrepresentation*, *duress*, *undue influence* y *harassment*, cuya complejidad técnica las convertía en un remedio poco operativo para los consumidores⁷².

De esta forma, el legislador inglés, haciendo uso de su libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato (*ex art. 32.2 DPCD*), insertó una nueva parte 4A en la regulación de las prácticas comerciales desleales con los consumidores. Esta nueva regulación establece una serie de remedios negociales para los consumidores que contraten bajo la influencia de una práctica comercial desleal que se traducen en el derecho a rescindir el contrato

⁶⁷ R. STEENNOT, "Belgium: Private...", cit., pp. 189 y 190.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁶⁹ R. STEENNOT, "Belgium: Private...", cit., pp. 191 y 192; y M. DUROVIC, "The Subtle...", cit., p. 744.

⁷⁰ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, *UK Statutory Instruments*, 2008 No. 1277.

⁷¹ The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014, *UK Statutory Instruments*, 2014 No. 870.

⁷² P. SHEARS, "The Consumer Protection Regulations in the UK: The Story So Far", *European Business Law Review*, núm. 27, 2016, pp. 186 y 187.

(*right to unwind*) o a solicitar una reducción del precio (*right to a discount*) y, en todo caso, a instar la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, estos remedios negociales sólo están disponibles cuando el consumidor haya contratado afectado por prácticas engañosas o agresivas, pero no en los casos de omisiones engañosas. Este extremo ha sido criticado por la doctrina, que tampoco entiende que estos remedios no resulten de aplicación en los supuestos contemplados en la lista negra de prácticas comerciales desleales *per se*⁷³.

47. El art. 27A recoge los presupuestos necesarios para la activación de los remedios de la Parte 4A. Como primer presupuesto se precisa de la existencia de una transacción particular que involucre a un consumidor. Las transacciones pertinentes se establecen en su apartado segundo que las concreta en las siguientes: que el consumidor celebre un contrato con un comerciante para la venta o suministro de un producto, que el consumidor celebre un contrato para la venta de bienes al comerciante, o que el consumidor realice un pago a un comerciante por el suministro de un producto. En segundo lugar, se exige que el comerciante lleve a cabo una práctica comercial desleal prohibida (es decir, una acción engañosa o una práctica agresiva). Y, en tercer lugar, se requiere la acreditación de que la práctica en cuestión constituye un factor significativo en orden a la celebración del contrato o la realización del pago por parte del consumidor.

48. La regulación de la rescisión del contrato se contiene en los arts. 27E-H. En virtud del apartado 1 del art. 27E, la rescisión procede si el consumidor indica al comerciante que rechaza el producto, y lo hace dentro de un período de 90 días desde la celebración del contrato o la entrega de los bienes y en un momento en que el producto puede ser rechazado. A tal efecto, el apartado 8 del art. 27E establece que un producto puede ser rechazado solo en los siguientes casos: cuando los bienes no se han consumido por completo, el servicio no se ha prestado completamente, el contenido digital no se ha consumido totalmente, el arrendamiento no ha expirado, o el derecho no se ha ejercido plenamente. La rescisión da lugar a la extinción del contrato, con el consiguiente reembolso del precio por parte del comerciante y la devolución de los bienes a cargo del consumidor⁷⁴.

49. La solución de la rebaja del precio está contemplada en el art. 27I. En su apartado 1, se establece que el consumidor tiene derecho a un descuento con independencia de que haya hecho uno o más pagos al comerciante y siempre que no haya ejercido el derecho a rescindir el contrato. Si el consumidor ha pagado todo o parte del precio, tiene derecho a recibir el porcentaje de reducción del precio. En caso contrario, tendrá derecho a la rebaja del precio en la proporción correspondiente.

Con el fin de facilitar la determinación del importe de la rebaja del precio, el art. 27I fija una escala. Conforme a ella, en el caso de productos con un valor máximo de £5.000 el descuento es del 25% cuando se trate de prácticas “menores”, del 50% por prácticas “significativas”, del 75% por las consideradas como “serias”, y del 100% del precio en los supuestos calificados como “muy serios”. De acuerdo con el apartado 5 del art. 27I, la gravedad de la práctica prohibida habrá de evaluarse tomando en consideración el comportamiento del sujeto agente, el impacto de la práctica en el consumidor y el tiempo transcurrido desde la realización de la práctica prohibida. En el caso de que el valor de los productos fuera superior a £5.000, el importe de la rebaja vendrá determinado por la diferencia entre el precio pagado y el valor de mercado.

50. Además, el art. 27J establece que el consumidor tiene derecho a una indemnización cuando haya sufrido un perjuicio económico en el que no habría incurrido de no existir la práctica prohibida o cuando haya sufrido molestias psíquicas o físicas como consecuencia de ella. Ahora bien, el precepto bajo consideración dispone que el consumidor no tiene derecho a la indemnización si el comerciante prueba que la realización de la práctica prohibida se debió a un error, a la confianza en la información

⁷³ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁴ J. DEVENNEY, “Private Redress Mechanisms in England and Wales for Unfair Commercial Practices”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, pp. 101 y ss.

proporcionada al comerciante por un tercero, al acto o incumplimiento de una persona distinta del comerciante, a un accidente, o a otra causa fuera del control del comerciante; y, además, acredita que tomó todas las precauciones razonables y ejerció toda la diligencia debida para evitar la realización de la práctica prohibida.

51. A pesar de que este régimen se introdujo para facilitar el ejercicio de remedios negociales individuales por parte de los consumidores, son varios los motivos que ponen de manifiesto su limitada eficacia. De un lado, el ejercicio de estos derechos exige al consumidor la prueba de una serie de extremos de difícil acreditación, sobre todo, en lo que se refiere al hecho de que la práctica comercial desleal constituya un factor significativo a la hora de adoptar su decisión sobre la celebración del contrato. De otro lado, la articulación de un plazo relativamente breve para instar la rescisión del contrato —computado desde su celebración—, la vaguedad con la que se define la gravedad de la práctica desleal a los efectos de la solicitud de la rebaja del precio, y, por último, la limitación de los daños resarcibles, son extremos que no favorecen la aplicación de estos remedios negociales a los casos concretos⁷⁵.

V. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en la Directiva (UE) 2019/2161

52. Como acabamos de comprobar, las distintas legislaciones nacionales abordan el problema relativo a las consecuencias negociales de las prácticas comerciales desleales con los consumidores de diferente forma, en consonancia con sus diversas y plurales tradiciones jurídicas. Nos encontramos así ante un sistema altamente fragmentado que corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD⁷⁶.

Frente a esta situación, no es de extrañar que la doctrina haya venido demandando un mayor grado de armonización de las legislaciones nacionales en materia de remedios privados contra las prácticas desleales con los consumidores⁷⁷. Finalmente, estas demandas han encontrado respuesta a nivel legislativo a través de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. En esta dirección, la Directiva incorpora un nuevo art. 11 bis a la DPCD donde se prevé la necesidad de establecer medidas correctoras individuales a favor de los consumidores que contraten afectados por prácticas comerciales desleales.

1. Los antecedentes legislativos de la Directiva (UE) 2019/2161

53. Durante la primera década de vigencia de la DPCD, las autoridades comunitarias no advirtieron la necesidad de establecer medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. En este sentido, la Comunicación de 2013⁷⁸ y el informe adjunto sobre la DPCD⁷⁹ concluyeron que no parecía apropiado modificar la Directiva y que ésta había mejorado

⁷⁵ Z. BEDNARZ, “Acciones individuales frente...”, cit., p. 15.

⁷⁶ D. M. MATERA, “Prácticas comerciales...”, cit., p. 102.

⁷⁷ R. STEENNOT, “Belgium: Private...”, cit., p. 193; V. MAK, “Unfair Commercial...”, cit., p. 250; S. AUGENHOFER, “Unfair Commercial Practices and Austrian Private Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2016, p. 99; D. M. MATERA, “Prácticas comerciales ...”, cit., p. 102; y Z. BEDNARZ, “Acciones individuales...”, cit., pp. 3 y ss.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales «*Alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores - Generar confianza en el mercado interior*», COM(2013) 0138 final.

⁷⁹ Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado

considerablemente la protección de los consumidores en los Estados miembros. Se afirmaba así que, al armonizar plenamente las normas nacionales, la Directiva había contribuido a eliminar los obstáculos al comercio transfronterizo y había simplificado el entorno regulador.

El 25 de mayo de 2016, la Comisión publicó un nuevo documento de orientación sobre la aplicación de la DPCD con el fin de mejorar su cumplimiento por parte de las empresas y su aplicación en todos los Estados miembros⁸⁰. En dicho texto no se hacía referencia a las posibilidades de modificación de la DPCD, pero se dejaba constancia de que la infracción de sus disposiciones no generaba consecuencias en el plano negocial⁸¹.

54. Fue poco más tarde cuando las autoridades comunitarias tomaron consciencia de la necesidad de modificar la DPCD con el objetivo de alcanzar un mayor grado de efectividad en la aplicación de sus disposiciones y una consecuente mejora de los derechos de los consumidores. En concreto, en el marco del Programa de Adecuación y Eficacia de la Regulación (REFIT), incardinado en la Política de Mejora Regulatoria (Better Regulation) de la Comisión, se evaluaron seis Directivas horizontales sobre consumo y marketing, entre las que se encontraba la DPCD⁸². El análisis consistió en encuestas a consumidores de toda la UE, entrevistas con organismos nacionales de consumidores (organizaciones, asociaciones empresariales, autoridades, ministerios) y experimentos de comportamiento. Paralelamente, y en relación con esta iniciativa, la Comisión llevó a cabo una evaluación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, conforme a lo exigido en su artículo 30⁸³.

55. La evaluación de estas Directivas dio como resultado la publicación de un informe sobre el control de adecuación de dichas normas comunitarias⁸⁴. En él se analizó su eficacia, eficiencia, coherencia, pertinencia y valor añadido, y se concluyó que las normas sustantivas de la UE en materia de consumo y marketing, con carácter general, son adecuadas para el fin que persiguen. No obstante, los resultados destacaron la importancia de aplicar y hacer cumplir mejor las normas, así como la conveniencia de modernizarlas en consonancia con la evolución del mercado digital.

En lo que atañe a la DPCD, el informe hizo referencia al mosaico de soluciones nacionales relativo a las medidas correctoras individuales destinadas a la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales, destacándose la fragmentación de la regulación y la poca efectividad de algunos de los remedios acogidos en las legislaciones nacionales. En esta dirección, examinó la posibilidad de introducir mecanismos negociales de protección para aquellos consumidores que hubieran sufrido un perjuicio individual como resultado de prácticas desleales.

interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2013) 139 final.

⁸⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *Guía para la implementación/aplicación de la Directiva 2005/2009/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, SWD(2016) 163 final.

⁸¹ P. 22 y 23.

⁸² Junto a ella, se evaluaron la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos, la Directiva 98/6/CE sobre indicación de precios, la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa

⁸³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2017) 259 final.

⁸⁴ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Report of the Fitness Check on Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive')*; *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*; *Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers*; *Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*; *Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests*; *Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising*, SWD(2017) 209 final.

56. Estos informes y evaluaciones sirvieron de base a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE⁸⁵. Su elaboración responde al debate relativo a si la UE cuenta con mecanismos lo suficientemente sólidos como para abordar las infracciones transfronterizas de su legislación, garantizar el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores y ofrecer una adecuada reparación a las víctimas.

57. Centrándonos en lo que aquí interesa, el Considerando 13 de la referida Propuesta destaca que la DPCD se “diseñó fundamentalmente para regular la conducta de los comerciantes en el mercado con arreglo a la ejecución de la legislación pública”, pero “la experiencia de más de diez años de aplicación demuestra las deficiencias derivadas de la falta de un marco inequívoco en el que se establezcan los derechos a medidas correctoras individuales”. De ahí que abogue por potenciar el acceso a este tipo de medidas “al objeto de situar al consumidor en las condiciones en que habría estado si no se hubiera visto afectado por una práctica comercial desleal”.

Para alcanzar este objetivo, el art. 1.4 de la Propuesta introduce en la DPCD un nuevo art. 11 bis, que se pronuncia en los siguientes términos: “1. Además del requisito de garantizar unos medios adecuados y eficaces para procurar el cumplimiento en el artículo 11, los Estados miembros garantizarán que existan, asimismo, medidas correctoras contractuales y no contractuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas de conformidad con su legislación nacional.- 2. Entre las medidas correctoras contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de que el consumidor rescinda unilateralmente el contrato.- 3. Entre las medidas correctoras no contractuales figurará, como mínimo, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor”.

Como puede apreciarse, la Propuesta de Directiva otorga a los Estados miembros cierta libertad de maniobra respecto a las medidas correctoras específicas que deben ofrecerse a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales. Así lo corrobora, además, su Considerando 15, donde se señala que “(n)o se impedirá a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas correctoras adicionales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas”.

2. La Directiva (UE) 2019/2161 relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión

A) Cuestiones generales

58. La aprobación de la Directiva (UE) 2019/2161 supone un nuevo paso del legislador comunitario en el fortalecimiento y actualización de las normas comunitarias tutelativas de los intereses de los consumidores. El propio título de la Directiva ya nos pone sobre aviso de los objetivos por ella perseguidos que, como señala su Considerando 60, se concretan en “la mejora de la aplicación y la modernización de la legislación en materia de protección de los consumidores”.

59. Pueden advertirse, por tanto, dos ejes fundamentales en la articulación de la Directiva. El primero de ellos persigue una aplicación más eficaz de las disposiciones comunitarias encaminadas a la protección de los consumidores de la UE. Y ello con el doble fin de colmar las lagunas en el Derecho nacional en lo que atañe a la imposición de sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión; y de paliar la insuficiencia de medidas correctoras

⁸⁵ COM(2018) 185 final.

ras individuales para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales⁸⁶. A tal efecto, la Directiva (UE) 2019/2161, por un lado, introduce distintas modificaciones en las Directivas afectadas al objeto de transformar y armonizar el marco sancionador aplicable a sus infracciones⁸⁷. Y, por otro, introduce en la DPCD un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación” en el que se establecen las medidas correctoras individuales que, con carácter mínimo, deben otorgar los distintos Estados miembros a los consumidores que se vean afectados por prácticas desleales⁸⁸.

El segundo de los ejes centrales de la Directiva (UE) 2019/2161 lo conforman una serie de medidas dirigidas a modernizar las normas de la Unión en materia de protección de los consumidores en vistas del desarrollo del mercado digital y de las distintas herramientas empleadas por los empresarios en este ámbito⁸⁹. Estas medidas se encaminan, en concreto, a actualizar las definiciones contenidas en la DPCD y en la Directiva 2011/83/UE para acomodarlas a las nuevas realidades digitales⁹⁰; a modificar el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE al objeto de asimilar los servicios digitales de pago a aquellos que se prestan a cambio de datos personales⁹¹; a mejorar la transparencia en las operaciones en línea, en particular, en lo relativo al uso de reseñas en internet, de precios personalizados basados en algoritmos o de clasificaciones de productos debidas a “colocaciones retribuidas”⁹²; a suprimir la obligación de utilizar medios de comunicación anticuados exigida por la legislación vigente⁹³; y a regular el derecho de desistimiento del consumidor en el marco de los servicios digitales⁹⁴.

60. No es de extrañar, por tanto, que la Directiva (UE) 2019/2161 sitúe su fundamento jurídico-formal y material en el art. 169 TFUE. Esta Directiva, por tanto, se funda y configura como una medida legislativa orientada a la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores. Razón por la cual, ese alto nivel de protección de los consumidores ha de erigirse en guía imprescindible para interpretar y aplicar las distintas medidas impuestas por la Directiva.

Sin embargo, no puede desconocerse la decisiva vinculación de esta Directiva con el correcto funcionamiento del mercado interior. Su Considerando 1 deja traslucir la relevancia que reviste esta orientación político-legislativa en la elaboración de la Directiva, toda vez que comienza declarando la relación que existe entre su contenido y los objetivos del art. 114 TFUE. Esta relevancia no sólo ha sido puesta de manifiesto a lo largo de los distintos trabajos preparatorios de la Directiva, sino que aparece en el espíritu de muchas de las medidas incorporadas, tales como el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, la tipificación de nuevos supuestos de deslealtad *per se* o la nueva regulación de los deberes precontractuales de información.

B) El art. 11 bis DPCD: el reconocimiento de medidas correctoras individuales a favor de los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales

61. La falta de reconocimiento de remedios individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales se presenta, sin duda, como uno de los principales problemas que se ha suscitado en el marco de la DPCD. Y, de forma especial, en lo que se refiere a las consecuencias negociales derivadas de las infracciones de la DPCD. Ello ha conducido a la actual disparidad de soluciones nacionales, que fluctúan no sólo entre el reconocimiento o no de medidas negociales específicas

⁸⁶ Considerando 3.

⁸⁷ Arts. 1, 2.2, 3.6 y 4.13.

⁸⁸ Art. 3.5.

⁸⁹ Considerando 17.

⁹⁰ Arts. 3.1 y 4.1.

⁹¹ Art. 4.2.

⁹² Arts. 3.4 y 7 y art. 4.3, 4, 5 y 7.a).

⁹³ Art. 4.4.a).

⁹⁴ Art. 4.7, 11 y 12 (acerca de la regulación de este derecho sobre la que incide la reforma de la Directiva UE 2019/2161: L.M. MIRANDA SERRANO, “El derecho...”, cit., pp. 1 y ss.).

anudadas a la realización de prácticas comerciales desleales, sino, además, en función del específico mecanismo contractual articulado para hacer frente a esta problemática.

62. Esta situación trata de paliarse mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. El referido precepto impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”.

Como señalan los Considerandos de la Directiva (UE) 2019/2161, la finalidad de este precepto estriba, por un lado, en mejorar la aplicación de la legislación tuitiva de los consumidores (Considerando 60) y alcanzar un alto nivel en su protección (Considerando 1). Y, por otro, en dotar a la DPCD de una mayor efectividad, toda vez que “un marco inequívoco respecto a las medidas correctoras individuales facilitaría la ejecución privada” (Considerando 16). Con esta medida se trata, por tanto, de poner a disposición de los consumidores una serie de remedios individuales que facilitan la remoción de los efectos negociales derivados de las prácticas comerciales desleales que lesionen sus intereses económicos, así como la reparación de los perjuicios ocasionados.

63. A la hora de establecer estos remedios, el legislador comunitario se encontraba frente a dos opciones: 1) obligar de manera general a los Estados miembros a introducir recursos individuales efectivos para las infracciones de la DPCD, reemplazando la referencia cruzada negativa prevista en el artículo 3.2 y el Considerando 9 DPCD; o 2) proporcionar directamente un conjunto armonizado de soluciones directamente en la DPCD. El legislador comunitario se ha decantado, finalmente, por esta segunda opción, al igual que hizo en la Propuesta de Directiva. Ciertamente es, no obstante, que esta elección se refuerza en el texto final de la Directiva, cuyo Considerando 56 nos recuerda que la DPCD “se entiende sin perjuicio del Derecho contractual nacional, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”, en coherencia con lo establecido tanto en el Considerando 9 como en el art. 3.2 DPCD.

64. Ahora bien, la adopción del sistema concreto de medidas correctoras individuales no está exenta de dificultades. Y es que, de un lado, nos encontramos frente a una materia perteneciente al ámbito Derecho privado. Ámbito en el que coexisten distintas tradiciones jurídicas y que ha dado lugar al actual mosaico de soluciones específicas arbitradas en los distintos Estados miembros de la UE.

Y, de otro, nos enfrentamos a una materia cuyo objeto de regulación no se presta a soluciones taxativas, lo que deriva de la amplitud de la problemática a la que el establecimiento de estas medidas trata de dar respuesta. En efecto, la DPCD no sólo abarca un amplio espectro de prácticas comerciales desleales que se manifiestan en las distintas fases de la contratación (precontractual, contractual y postcontractual); sino que también regula distintos supuestos de deslealtad que tratan de proteger la autonomía negocial del consumidor, ya sea en su faceta de libertad de querer (prácticas agresivas), ya sea en su dimensión de libertad de saber (actos y omisiones engañosas). Además, establece distintos mecanismos de evaluación de la deslealtad de las prácticas comerciales, mediante una cláusula general, algunas cláusulas intermedias dedicadas a las prácticas engañosas y agresivas, y la tipificación de un catálogo de supuestos concretos que se reputan desleales en cualquier circunstancia. Y, junto a todo ello, comprende una amplia diversidad de prácticas comerciales que manifiestan distintos grados de afectación a la autonomía decisional del consumidor, que van desde conductas especialmente lesivas hasta prácticas cuya afectación a esa libertad decisional y negocial reviste carácter residual.

65. Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario se ha decantado por articular un conjunto de remedios individuales incardinados en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés, a la que nos referimos anteriormente. En efecto, el nuevo art. 11 bis DPCD reconoce distintas medidas correctoras individuales, entre las que se encuentran la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y la reducción del precio.

66. La finalidad de estas medidas correctoras individuales aparece reflejada en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161. A tal efecto, se dispone que “(l)os Estados miembros deben velar por que las medidas correctoras se encuentren a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, *con el fin de eliminar todos los efectos de tales prácticas*”⁹⁵. Todo apunta a que los efectos a los que se refiere la Directiva son los relacionados con los perjuicios individuales sufridos por los consumidores víctimas de prácticas comerciales desleales. En rigor, se trata de medidas correctoras incardinadas en el marco de la DPCD que, como ponen de manifiesto sus Considerandos 6 y 8 y su art. 1, protege a los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales que son directamente perjudiciales para sus intereses económicos. En consecuencia, estas medidas deben encaminarse a la eliminación de los efectos negociales no queridos por los consumidores que contratan afectados por prácticas comerciales desleales, así como a la reparación de los perjuicios económicos experimentados como consecuencia de dichas prácticas.

Las medidas correctoras individuales establecidas en el nuevo art. 11 bis DPCD se enmarcan en los “medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores”. Esta es la conclusión que se desprende tanto del espíritu que inspiró la normativa (Considerando 14 de la Propuesta de Directiva), como de su ubicación dentro de la DPCD. En consecuencia, estos remedios han de concebirse como medidas complementarias a las de cesación y prohibición establecidas en el art. 11 DCPD. De esta forma, el legislador comunitario impone a los Estados miembros la obligación de arbitrar unos remedios específicos orientados a la eliminación de los efectos de las prácticas comerciales desleales y, con ello, restituir a los consumidores a la situación en que se encontrarían de no haber existido tales prácticas. Nos encontramos, por tanto, ante remedios que podrían incardinarse dentro de las medidas de remoción de los efectos producidos por comportamientos desleales.

67. En cuanto a la articulación de las medidas correctoras individuales recogidas en el nuevo art. 11 bis DPCD, cabe destacar que, frente a la indemnización de daños y perjuicios que se prevé en todo caso, la reducción del precio y la resolución del contrato sólo podrán ser solicitadas por el consumidor “cuando proceda”. Esta expresión abre la puerta a una doble interpretación. Por un lado, esta previsión podría responder a la voluntad del legislador de restringir la resolución del contrato y la reducción del precio a los supuestos de prácticas comerciales desleales especialmente lesivas para los intereses económicos de los consumidores, esto es, cuando la celebración del contrato sea consecuencia inequívoca de la práctica comercial desleal. Y, por otro, cabría entender que con su introducción trataría de darse respuesta a aquellos supuestos en los que la práctica comercial desleal se manifiesta en casos en los que el consumidor no llega a celebrar el contrato con el empresario infractor, es decir, cuando no hay consecuencias negociales derivadas de la práctica comercial desleal a las que hacer frente.

A nuestro juicio, la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores y la mejora en la aplicación de la DPCD deberían de conducir a la admisión de la segunda opción. De un lado, porque todas las prácticas comerciales desleales en mayor o menor medida son susceptibles de afectar a la autonomía decisional del consumidor. Y, además, la unidad del ordenamiento exige que lo considerado ilícito en el plano concurrencial, no se estime lícito, o al menos, carente de consecuencias en el plano negocial⁹⁶. De otro lado, no podemos obviar que la eficacia en la lucha contra las prácticas comerciales desleales requiere el reconocimiento de remedios negociales, más o menos intensos (resolución del contrato o mayor o menor reducción del precio), en todos los supuestos en que el consumidor pudiera haber contratado afectado por este tipo de prácticas. Pero, es más, la restricción de las consecuencias negociales sólo a los supuestos en que se acredite un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración del contrato supondría imponer a los consumidores la carga de probar un extremo cuya acreditación no siempre resulta sencilla, con la consiguiente merma en la eficacia de las medidas.

⁹⁵ La cursiva es nuestra.

⁹⁶ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., *passim*; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección...”, cit., pp. 56 y 57.

En cualquier caso, una vez que el nuevo art. 11 bis DPCD atribuye a los Estados miembros la tarea de definir los presupuestos y el alcance de estos remedios, serán los distintos legisladores nacionales quienes habrán de decidir qué solución adoptar.

68. En lo relativo a las medidas de reducción del precio y resolución contractual, el art. 11 bis DPCD las configura de forma alternativa. Esta es la conclusión que cabe extraer del empleo de la conjunción “o”. En consecuencia, el consumidor que contrate afectado por una práctica comercial desleal sólo puede solicitar una de ellas. Esta opción puede depender de diversos factores, como el interés del consumidor en el mantenimiento del contrato, el perjuicio efectivo que le haya ocasionado la práctica en cuestión o el grado de influencia de dicha práctica en su decisión negocial. Cuestión cuya determinación corresponde a los legisladores nacionales. La opción por un criterio u otros determinará la adopción de un régimen más o menos tuitivo para los consumidores.

69. Respecto de la medida consistente en la resolución del contrato, las distintas versiones de la Directiva se refieren a ella de forma dispar. Como ejemplos, puede destacarse el empleo el término “resolución del contrato” en la versión española, “risoluzione del contratto” en la italiana, “termination of the contract” en la versión inglesa, “Beendigung des Vertrags” en la alemana, “fin du contrat” en la francesa, o “rescisão do contrato” en la portuguesa. En rigor, la Directiva únicamente se ha limitado a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar y deja a la elección de éstos la fijación de los mecanismos legales para la obtención de dicho resultado. Con ello, se pone de manifiesto que el legislador comunitario, consciente de las distintas tradiciones jurídicas nacionales, no impone una sanción negocial específica, sino que establece la terminación o extinción del contrato como remedio general no circunscrito a una categoría jurídico-contractual específica. Esta tarea corresponderá a las distintas legislaciones nacionales en función de la sanción negocial que mejor se amolde al supuesto de hecho en el marco de su ordenamiento.

No obstante lo anterior, somos de la opinión de que el art. 11 bis DPCD se decanta por la resolución del contrato por incumplimiento como sanción negocial anudada a la realización de prácticas comerciales desleales. A ello conduce, de un lado, su consagración junto a la reducción del precio y la afirmación contenida en el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161 donde se refiere a la reparación o sustitución como ejemplos de medidas correctoras complementarias a adoptar facultativamente por los distintos Estados miembros. Y es que estos son los remedios que se ponen a disposición del consumidor en los supuestos de falta de conformidad, que no es sino un régimen de responsabilidad del vendedor por incumplimiento de la obligación contractual de entrega de la cosa. De otro lado, nuestra opinión favorable a la resolución del contrato por incumplimiento se deduce también del mantenimiento en la DPCD del art. 3.2 que excluye “las normas relativas a la validez, la formación o el efecto del contrato” del régimen armonizado previsto en la Directiva. Ello implica que estas medidas correctoras deban trasladarse a los ordenamientos de los distintos Estados a través de mecanismos legales que no afecten al régimen de validez y eficacia del contrato.

70. Junto a todo ello, es necesario destacar que esta nueva regulación se introduce en la DPCD con carácter mínimo. En esta dirección, el Considerando 16 de la Directiva (UE) 2019/2161, dispone que “(n)o se debe impedir a los Estados miembros que mantengan o introduzcan derechos a otras medidas correctoras, como la reparación o la sustitución, para los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales, con el fin de garantizar la eliminación plena de los efectos de tales prácticas. No se debe impedir a los Estados miembros que establezcan las condiciones de aplicación y los efectos de las medidas correctoras para los consumidores”. Son dos las consideraciones que cabe hacer al respecto.

Por un lado, que la Directiva (UE) 2019/2161 permite a los distintos Estados miembros establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales. Como ejemplo, se alude a la posibilidad de establecer la reparación o la sustitución del producto. Además, el art. 3.2 DPCD sigue concediendo a los Estados miembros libertad para determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o los efectos de

los contratos. De ahí que los Estados miembros puedan articular, junto a las medidas previstas en el nuevo art. 11 bis DPCD, otras consecuencias negociales para los contratos celebrados como consecuencia de las prácticas comerciales desleales, como su nulidad o anulabilidad.

Por otro lado, que de acuerdo con el nuevo art. 11 bis DPCD, la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras” queda en manos de los distintos legisladores nacionales. A ello hay que añadir que, al aplicar las medidas correctoras, se podrá tener en cuenta, cuando sea oportuno, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes, como la mala praxis del comerciante o el incumplimiento del contrato.

71. En definitiva, el art. 11 bis DPCD se limita únicamente a establecer los remedios mínimos que los legisladores nacionales deben implementar para eliminar los efectos de las prácticas comerciales desleales, pero no concreta su configuración legal. Son los Estados miembros quienes han de completar el régimen mínimo impuesto por la Directiva definiendo tanto los presupuestos de aplicación de las medidas, como su alcance y efectos. En concreto, tendrán que decidir, entre otras cuestiones, si los remedios de reducción del precio y de resolución del contrato se configuran de forma alternativa a elección del consumidor o si son remedios que responden a supuestos distintos de deslealtad; si se establece un sistema más o menos objetivo de graduación de la reducción del precio o si ésta responde al criterio discrecional del órgano competente; frente a quién puede reclamarse la indemnización de daños, la rebaja del precio o la resolución del contrato en el caso en que la práctica comercial desleal proceda un tercero (por ejemplo, el fabricante) ajeno a la relación contractual; los casos en que procede la resolución del contrato; o qué ocurre con las prestaciones recibidas en los casos de resolución contractual.

Con estas previsiones, el legislador comunitario sigue dejando el Derecho privado nacional al margen de la armonización plena que rige los aspectos sustantivos de la DPCD, respetando las distintas tradiciones jurídicas existentes en los distintos Estados miembros que conforman la UE. Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que este sistema de armonización mínima va a mantener la fragmentación del régimen de medidas correctoras individuales a nivel nacional, con el consiguiente riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades expresamente manifestadas por la DPCD.

72. El art. 11 bis DPCD concluye con un apartado 2 donde se señala que estas medidas correctoras “se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional”. Con ello, el legislador comunitario establece la compatibilidad entre estas medidas y el resto de mecanismos jurídicos que sirvan para tutelar los intereses económicos de los consumidores, ya vengán establecidos por la legislación comunitaria (remedios negociales frente a los envíos o suministros no solicitados, falta de conformidad, control de las cláusulas contractuales predispuestas o derecho de desistimiento), ya vengán reconocidos por la legislación nacional (vicios del consentimiento, integración publicitaria del contrato, etc.).

VI. La incorporación de medidas correctoras individuales frente a las prácticas comerciales desleales en el ordenamiento español

73. Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161 antes del 28 de noviembre de 2021 y “aplicarán dichas disposiciones a partir del 28 de mayo de 2022” (art. 7). Para cumplir con este plazo de incorporación, la Dirección General de Consumo elaboró un Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLGDCU, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE y del régimen sancionador en materia de consumo.

74. Entre otras medidas, el Anteproyecto propone la introducción de un nuevo art. 20 bis en el TRLGDCU intitulado “Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a

disposición de los consumidores y usuarios perjudicados”. Este precepto trata de incorporar a nuestro ordenamiento el mandato contenido en el nuevo art. 11 bis DPCD. Sin embargo, de su redacción se desprende que, junto a la concreción del régimen mínimo impuesto por la Directiva (UE) 2019/2161, se introducen otras medidas que se desmarcan de las necesidades de incorporación y que no están exentas de crítica.

La relevancia de este precepto está fuera de toda duda, pues se trata de una materia que afecta a la nervadura de nuestro sistema económico y jurídico por abordar la delicada, compleja y sensible tarea de fijar las conexiones entre el Derecho de contratos y de la competencia desleal⁹⁷. Ello lo hace acreedor de un comentario específico. Sobre todo, en lo que se refiere a la forma en que se ha incorporado la normativa comunitaria, a los presupuestos aplicativos de las medidas, así como a su articulación y contenido. Y es que en la labor de incorporación de los mandatos comunitarios a nuestro ordenamiento se exige la toma de decisiones de carácter técnico y sistemático no exentas de problemas. Máxime, si en esta tarea se asume no sólo el objetivo de incorporar las exigencias impuestas por la armonización comunitaria, sino también evitar la introducción de modificaciones que puedan generar inseguridad y mantener la calidad y homogeneidad del sistema.

75. En lo que se refiere a su ubicación sistemática, el ámbito de aplicación del nuevo art. 11 bis DPCD y la finalidad perseguida por la Directiva (UE) 2019/2161 permiten la incorporación de las medidas correctoras individuales tanto a través de la reforma del Derecho de consumo como mediante una modificación de la legislación sobre competencia desleal. No obstante, destaca la ubicación de este precepto en el seno del TRLGDCU. Parece que en la decisión adoptada por el Anteproyecto han pesado más el fundamento de la armonización –anclado en la garantía de un alto nivel de protección de los consumidores– y el carácter contractual de la acción para hacer valer las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores –toda vez que el TRLGDCU regula gran parte del régimen de los contratos de consumo–.

Sin embargo, somos de la opinión de que la opción adoptada en el Anteproyecto debe ser desechada y que el régimen comunitario debe incorporarse mediante una modificación de la normativa represora de la competencia desleal. Así lo entendemos por cuanto que la estrecha vinculación que existe entre estas medidas correctoras y el régimen de la deslealtad concurrencial aconseja su regulación conjunta en la LCD. En primer lugar, porque el art. 11 bis DPCD se ubica en una norma comunitaria plenamente adscrita al Derecho contra la competencia desleal⁹⁸. En segundo lugar, porque las medidas correctoras proyectadas entran en funcionamiento como consecuencia de la realización de prácticas comerciales desleales. En tercer y último lugar, porque el art. 11 bis DPCD se encarga de la regulación de las medidas correctoras que se ponen a disposición de los consumidores con el fin de eliminar todos los efectos de las prácticas comerciales desleales. Se configura así como una medida que se enmarca en los medios adecuados y eficaces para luchar contra este tipo de prácticas. De ahí que su incorporación a nuestro ordenamiento deba llevarse a cabo junto a la regulación que de esos medios se hace en la LCD.

Además, no puede pasarse por alto que la incorporación del nuevo art. 11 bis DPCD a través de la modificación del TRLGDCU puede provocar diversos problemas derivados de la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de consumo, introducir un importante elemento de confusión en la aplicación de la disciplina de deslealtad concurrencial, y profundizar en la fragmentación subjetiva del Derecho de la competencia desleal tan criticada doctrinalmente.

76. En lo que atañe al contenido específico del proyectado art. 20 bis TRLGDCU, su apartado 1 contempla una medida tan deficiente técnicamente como incoherente desde las perspectivas sistemática, funcional y operativa. En concreto, este apartado dispone que “(p)ara el ejercicio de las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se

⁹⁷ L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad...”, cit., p. 10; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección...”, cit., pp. 56 y 57.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, J. MASSAGUER, *El nuevo...*, cit., p. 159 y 160; y A. TATO PLAZA, “Introducción”, en A. TATO PLAZA, P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y C. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 2010, p. 44.

considerará irrefutable la constatación de una infracción por el uso de prácticas comerciales desleales contra los consumidores y usuarios en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional”. Esta medida carece de lógica y de sentido, por cuanto que, declarada la deslealtad de una práctica por sentencia judicial firme, esta decisión produce efectos de cosa juzgada y vincula al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto.

Más problemático aún resulta el reconocimiento del carácter irrefutable de la constatación de una práctica comercial desleal hecha por decisión firme de la autoridad administrativa competente. Esta medida, de un lado, no tiene de razón de ser, puesto que las autoridades administrativas de consumo ya pueden obligar a la “reposición de la situación alterada a su estado original” (derogado art. 48 y actual art. 51.6 TRLGDCU), con la consiguiente orden de cese de la práctica, e incluso de remoción de sus efectos⁹⁹. Y, de otro lado, merced a esta nueva medida los órganos administrativos de consumo (estatales y autonómicos) quedarían habilitados para interpretar y aplicar legislación puramente mercantil como es la LCD. Pero, es más, nos encontraríamos ante una situación en la que estos órganos evaluarían la deslealtad de la conducta interpretando y aplicando preceptos abiertos en el marco de un proceso sancionador que se rige por principios (como el de tipicidad y culpabilidad) diametralmente opuestos a los que imperan en el proceso civil entablado ante los órganos jurisdiccionales. Asimismo, el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones administrativas frente a los órganos jurisdiccionales rompe con la operativa propia de la disciplina de la competencia desleal. Como se viene aceptando comúnmente, en nuestro ordenamiento, la única instancia competenciada para decretar la lealtad o deslealtad de los comportamientos concurrenciales en aplicación de la LCD es la jurisdicción ordinaria¹⁰⁰. Y sólo tras la declaración judicial de una conducta como desleal es posible aplicarle los correctivos requeridos que pudieran derivarse de una estimación de la pretensión de condena¹⁰¹.

77. El apartado 2 del proyectado art. 20 TRLGDCU establece que “(l)as personas que hubieran realizado de forma conjunta la infracción referida en el apartado anterior serán solidariamente responsables del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados”. En principio, parece que este precepto resuelve poco desde una óptica jurídico-privada, toda vez que la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal será solidaria cuando en él intervengan varios sujetos y se acrediten los presupuestos de la acción¹⁰².

78. El grueso de las medidas correctoras puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales se recoge en el apartado 3 del precepto bajo consideración. En él trata de incorporarse y concretarse el régimen mínimo impuesto por el nuevo art. 11 bis DPCD. A este respecto, se establece que “(e)n caso de comisión de infracciones graves o muy graves de la presente ley, constatadas por resolución administrativa o judicial firme, que hayan podido afectar al cumplimiento del contrato, el consumidor y usuario podrá resolver el contrato, además de obtener una indemnización mínima del veinte por ciento del precio del contrato. Para el resto de infracciones, el consumidor y usuario tendrá derecho a una reducción del precio del contrato de un diez por ciento. Todo ello con independencia de la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el título IV del libro segundo”.

De la lectura del precepto, llama la atención no sólo sus múltiples carencias, sino también la inconcreción de los presupuestos aplicativos de las medidas correctoras propuestas y la (a nuestro juicio) inadecuada articulación de los específicos remedios proporcionados a los consumidores. Extremos, todos ellos, que ponen en riesgo la seguridad jurídica y generan problemas de eficacia.

⁹⁹ M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO y A. BUENO ARMILLO, “Infracciones y sanciones”, en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 838.

¹⁰⁰ C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, p. 205; y J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 77

¹⁰¹ J. MASSAGUER, *Comentario...*, cit., p. 530 y 531; y S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, cit., p. 739.

¹⁰² J. MASSAGUER, “La acción de competencia desleal en el Derecho español”, *Themis: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997, p. 115; C. HERRERA PETRUS, “Acciones frente...”, cit., p. 388; y J. A. VEGA VEGA, “Artículo 32...”, cit., pp. 876 y ss.

79. En lo que atañe a sus presupuestos aplicativos, este apartado tercero establece que la aplicación de las medidas correctoras propuestas requiere 1) la existencia de una infracción (leve, grave o muy grave), 2) que dicha infracción haya sido constatada por una resolución administrativa o judicial firme, 3) y que haya podido afectar al cumplimiento del contrato.

Como puede comprobarse, el primero de los presupuestos (la infracción) se define en términos administrativo-consumeristas. Esto es, como transgresión de las normas de consumo a los efectos del procedimiento administrativo sancionador. Ha de entenderse, por tanto, como “el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios” [conforme al derogado art. 49.1.1) TRLGDCU y al actual art. 47.m) TRLGDCU]. Esta remisión a una normativa de carácter administrativo-sancionador es a todas luces desacertada, puesto que enturbia la delimitación de los presupuestos de las medidas correctoras y genera problemas aplicativos cuando sea un órgano jurisdiccional el que conozca del asunto. Entendemos así que establecer como presupuesto aplicativo la realización de prácticas comerciales desleales con los consumidores (esto es, la infracción de la LCD y no de la normativa sancionadora de consumo) sería la opción más correcta.

El segundo presupuesto consiste en la constatación de la infracción por resolución administrativa o judicial firme. Esto supone introducir un requisito de procedibilidad no exento de problemas, ya que la exigencia de una resolución firme podría dilatar en exceso los plazos para el ejercicio de las medidas correctoras. Algo que casa mal con el efecto resolutorio del contrato y sus consecuencias. Igualmente, la exigencia de este presupuesto podría generar problemas a la hora de solicitar las medidas correctoras a través de un procedimiento extrajudicial.

El tercero de los presupuestos consiste en que la infracción (*rectius* la deslealtad de la práctica comercial desleal) haya podido afectar al cumplimiento del contrato. Una interpretación literal de este presupuesto conduciría a entender que las medidas correctoras únicamente estarían disponibles cuando la práctica comercial desleal influyera o pudiera influir en la fase de ejecución del contrato, esto es, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Ello supondría dejar huérfanos de medidas correctoras a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales que no inciden sobre la ejecución del contrato, sino sobre su propia celebración. De modo que los supuestos más frecuentes en la realidad del tráfico, más lesivos para los intereses de los consumidores y más problemáticos desde un punto de vista práctico quedarían fuera del ámbito de aplicación de estas medidas.

A nuestro juicio, sería más adecuado hablar de prácticas comerciales desleales *que hayan podido influir en la celebración de un contrato o afectar a su cumplimiento*. De esta forma, quedarían cubiertas todas aquellas prácticas desleales que afectaran a la autonomía decisional y negocial del consumidor, independientemente de la fase negocial en la que aparecieran. Además, con esta solución, el consumidor que se hubiera visto afectado por una práctica comercial desleal podría acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la no querida celebración o el defectuoso cumplimiento del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor.

80. En lo relativo al contenido de las medidas correctoras, entendemos que el Anteproyecto tampoco acierta a concretar las exigencias del nuevo art. 11 bis DPCD, por cuanto que su delimitación se separa del resultado perseguido por el legislador comunitario.

De un lado, estimamos inadecuada la clasificación de infracciones (*rectius*, prácticas comerciales desleales) que lleva a cabo el prelegislador a la hora de anudarle los concretos remedios contractuales. Esta clasificación también se construye sobre parámetros propios del procedimiento administrativo sancionador, lo que demuestra su ajenidad al fenómeno que trata de regularse y a su tratamiento jurídico-normativo en nuestro ordenamiento. Una delimitación en estos términos puede plantear múltiples problemas. Sobre todo, cuando los consumidores acudan a la jurisdicción ordinaria para combatir las prácticas comerciales desleales y exigir los remedios negociales. Y es que los órganos jurisdiccionales van a tener que juzgar empleando criterios administrativos. Además, estos criterios se desentienden de los propuestos por el legislador comunitario a la hora de delimitar las medidas correctoras aplicables a

las distintas prácticas comerciales desleales y que están referidos, con carácter general, a la gravedad de la práctica y a su influencia en la autonomía decisional y negocial del consumidor.

De otro lado, no puede perderse de vista que, conforme al texto del Anteproyecto, las infracciones derivadas del uso de prácticas comerciales desleales van a calificarse en la gran mayoría de los casos como graves o muy graves (proyectado art. 48 TRLGDCU)¹⁰³. Ello conduce a que en la gran mayoría de los supuestos el consumidor sólo puede solicitar la resolución del contrato y una indemnización mínima del veinte por ciento del precio.

Además, debe destacarse que el Anteproyecto no concede al consumidor la facultad de optar entre la resolución del contrato y la reducción del precio. De modo que el consumidor afectado por una práctica comercial desleal calificada como infracción grave o muy grave al que interese el contrato se ve necesariamente abocado a pedir su resolución o pechar con las consecuencias jurídicas y económicas de un contrato celebrado en condiciones no queridas o cumplido en términos defectuosos. Se trata, a nuestro juicio, de una opción que no responde a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que el texto comunitario exige a la hora de concretar las medidas correctoras.

Respecto de la reducción del precio, el texto proyectado establece que ésta será siempre del diez por ciento del precio cuando se trate de infracciones leves, sin atender a ulteriores circunstancias como la gravedad real y la naturaleza de la práctica comercial desleal, la intervención de dolo o culpa por parte del infractor u otras circunstancias pertinentes. Estimamos que en esta sede hubiera sido interesante incluir una graduación del importe de la rebaja del precio en función de las distintas circunstancias que rodean la realización de la práctica comercial desleal, en coherencia con la proporcionalidad y eficacia que la Directiva exige a estas medidas.

En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, el Anteproyecto fija una cantidad fija mínima para el caso de prácticas comerciales desleales calificadas como graves o muy graves. Pero esta medida correctora desaparece en los supuestos de prácticas comerciales desleales leves y en aquellos casos en que el consumidor afectado por una práctica comercial desleal no llega a celebrar el contrato. En relación con las infracción graves o muy graves, esta medida puede resultar ventajosa para los consumidores, aunque difícilmente podrá caracterizarse por su proporcionalidad. En los casos de prácticas comerciales desleales que lleven aparejada la rebaja del precio, el consumidor podría acudir a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios prevista en el art. 32.5 LCD, al igual que ocurriría en los casos de prácticas comerciales desleales que no conduzcan a la celebración del contrato. Sin embargo, los presupuestos de aplicación de esta acción y la carga probatoria que se hace descansar sobre el consumidor restarían eficacia a esta medida.

81. El apartado 3 del proyectado art. 20 TRLGDCU concluye con un inciso final en el que se establece que estas medidas han de entenderse con independencia de la plena aplicación del régimen de conformidad del producto con el contrato. Con esta indicación parece que el Anteproyecto trata de incorporar el apartado 2 del nuevo art. 11 bis DPCD, donde se señala que las medidas correctoras se entenderán sin perjuicio de la aplicación de otras medidas correctoras de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional. Pero el prelegislador vuelve a ser impreciso y deja fuera otras medidas como el régimen de las cláusulas contractuales predispuestas, el derecho de desistimiento o la integración publicitaria del contrato, entre otras.

82. Finalmente, el proyectado art. 20 bis TRLGDCU se cierra con un apartado 4 donde se establece que “(e)n ningún caso, la existencia de una práctica comercial desleal puede ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores y usuarios”. Nos encontramos ante una declaración programática cuya previsión legal resulta superflua. Y es que la declaración de deslealtad de la práctica comercial siempre va a depender de la afectación de los intereses económicos de los consumidores.

¹⁰³ Conforme al proyectado art. 48.4 TRLGDCU, sólo serán leves aquellas infracciones respecto de las cuales el responsable “corrigiera diligentemente las irregularidades en que consista la infracción siempre que no haya causado perjuicios directos, devolviera voluntariamente las cantidades cobradas, colaborara activamente para evitar o disminuir los efectos de la infracción u observara espontáneamente cualquier otro comportamiento de análogo significado”.

83. El mencionado Anteproyecto se ha materializado legislativamente a través del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre¹⁰⁴. Mediante este Real Decreto-ley tratan de incorporarse a nuestro ordenamiento siete Directivas comunitarias, entre las que se encuentra la Directiva (UE) 2019/2161. Las normas que persiguen la incorporación de los dictados de esta Directiva se encuentran contenidas en el Libro sexto del Real Decreto-ley.

En lo que aquí interesa, el Real Decreto-ley 24/2021 mantiene el art. 20 bis TRLGDCU con un título idéntico al que tenía en el Anteproyecto, pero con dos modificaciones en lo que se refiere a su contenido. Una de ellas de especial trascendencia.

La primera modificación aparece en el apartado 1 de este art. 20 bis TRLGDCU y consiste en la modulación del valor de las resoluciones firmes (de autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales) que constaten el uso de prácticas comerciales desleales a los efectos de ejercitar las acciones previstas en los apartados 1 a 4 del art. 32.1 LCD. Frente al texto del Anteproyecto, que establecía el carácter irrefutable de la constatación de una infracción por el uso de estas prácticas, la versión del art. 20 bis TRLGDCU contenida en el Real Decreto-ley, de un lado, se refiere a la constatación del uso de prácticas comerciales desleales y no de la infracción (lo que estimamos más correcto) y, de otro, introduce una presunción iuris tantum que permite al empresario desvirtuar la constatación del uso de prácticas comerciales desleales. Ciertamente, somos de la opinión de que la regulación contenida en el Real Decreto-ley es más adecuada que la recogida en el Anteproyecto. No obstante, también es cierto que este art. 20 bis.1 TRLGDCU aporta poco. En primer lugar, y como ya destacamos anteriormente, porque si la constatación del uso de prácticas comerciales desleales se lleva a cabo en una sentencia firme, ésta tendrá efecto de cosa juzgada. Y, en segundo lugar, porque los órganos jurisdiccionales que decidan sobre las acciones por competencia desleal tomarán en consideración la decisión firme de una autoridad administrativa donde se resuelva la realización de prácticas comerciales desleales, sin necesidad de que un precepto como éste así lo establezca.

La segunda modificación es la que tiene mayor relevancia. Se trata de que en el texto del art. 20 bis TRLGDCU desaparece el que era su apartado 3 en la versión del Anteproyecto. Esto es, el apartado donde se contenía la regulación de las medidas correctoras individuales puestas a disposición de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales, sin que dicha regulación se incorpore en ninguna otra norma. De modo que el título que encabeza este art. 20 bis TRLGDCU es cuanto menos inadecuado, ya que en él no se recoge ninguna medida correctora a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales. Pero, es más, esta omisión es de especial relevancia si tenemos en cuenta que el legislador deja sin incorporar a nuestro ordenamiento el art. 11 bis DPCD y, sobre todo, deja a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales sin remedios negociales que permitan eliminar los efectos contractuales de este tipo de prácticas, dificultando la ejecución privada de la normativa sobre competencia desleal.

Es verdad que el sistema de remedios negociales articulado en el Anteproyecto para combatir los efectos de las prácticas comerciales desleales con los consumidores adolecía de graves carencias técnicas y no respondía al espíritu y finalidad de los dictados de la Directiva (UE) 2019/2161. Pero no menos cierto es que la solución a estos problemas no puede venir dada por el desentendimiento de la cuestión y la omisión de la regulación, sino por el establecimiento de un régimen jurídico que dé respuesta a las necesidades de los consumidores, cumpla con los mandatos comunitarios y articule un marco de protección sistemáticamente adaptado al entramado normativo que forman la regulación de la competencia desleal y la protección de los consumidores con sus, cada vez más frecuentes, puntos de conexión e interacción¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, *BOE*, núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

¹⁰⁵ Sobre las conexiones entre el Derecho contractual de consumo y la disciplina de la competencia desleal *vid.* nuestro “Conexiones axiológicas, funcionales y normativas entre el Derecho de contratos y la normativa represora de la competencia desleal en las relaciones de consumo”, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (Dirs.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 427 y ss.

VII. Conclusiones

84. El Derecho de contratos y la disciplina de la deslealtad concurrencial no pueden configurarse como sectores normativos independientes y desconectados. Así lo exige tanto la realidad viva del tráfico como el carácter unitario del ordenamiento jurídico. Es por ello que el establecimiento de las necesarias conexiones entre estos sectores normativos se presenta como uno de los retos más importantes que se plantean al legislador contemporáneo, como se ha subrayado por un sector de la doctrina mercantilista (Profesores MIRANDA y PAGADOR).

85. Haciendo uso de la libertad que el art. 3.2 DPCD brinda a la hora de determinar la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez, formación o efectos del contrato, algunos ordenamientos jurídicos nacionales (como el español) se han decantado por omitir el reconocimiento de acciones individuales a favor de los consumidores que contraten influenciados por este tipo de prácticas. Ello implica la necesidad de acudir a los remedios previstos en la normativa específica de consumo o en el Derecho general de contratos. Otros, en cambio, han optado por la atribución de estas acciones individuales, arbitrando consecuencias negociales específicas para dichas prácticas concurrencialmente ilícitas. Ahora bien, las soluciones adoptadas por los distintos legisladores nacionales han sido dispares, no sólo en lo que se refiere a los remedios negociales arbitrados, sino también al tipo de prácticas desleales a las que se han vinculado dichos remedios. Ello ha dado lugar a un sistema altamente fragmentado que corre el riesgo de comprometer la efectividad de la protección de los consumidores y de no promover el desarrollo del mercado único en contra de las finalidades perseguidas por la DPCD.

86. La Directiva (UE) 2019/2161 trata de hacer frente a esta situación mediante la introducción en la DPCD de un nuevo art. 11 bis intitulado “Reparación”. Y, en esta dirección, impone a los Estados miembros la obligación de proporcionar a los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales “medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato”. Bajo estas coordenadas, el legislador comunitario regula esta materia mediante la articulación de un conjunto de remedios individuales que se incardinan en la línea de la solución adoptada en el ordenamiento inglés. Ahora bien, de la lectura del nuevo art. 11 bis DPCD debemos destacar dos cuestiones.

Por un lado, el hecho de que el legislador comunitario sólo se limite a individualizar el resultado que los Estados miembros deben garantizar, dejando a éstos la elección de los mecanismos legales específicos a través de los cuales conseguirlo. De modo que serán los distintos legisladores nacionales quienes concreten la sanción negocial que mejor se amolde al supuesto de hecho en el marco de su ordenamiento jurídico-privado. No obstante, somos de la opinión de que los remedios negociales frente al incumplimiento contractual son los que mejor se adecúan a los dictados de la DPCD.

Por otro lado, el carácter mínimo de la armonización introducida por la Directiva (UE) 2019/2161. Ello implica, de una parte, que los distintos Estados miembros son libres para establecer otras medidas correctoras individuales encaminadas a la remoción de los efectos de las prácticas comerciales desleales. Y, de otra parte, deja en manos de los legisladores nacionales la fijación de “las condiciones de aplicación y los efectos” de las medidas correctoras individuales, lo que supone mantener cierto nivel de fragmentación en lo que se refiere a los remedios negociales que se reconocen a los consumidores en el mercado interior.

87. Cumplido el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2019/2161, el legislador nacional no ha incorporado los mandatos establecidos en el nuevo art. 11 bis DPCD. Pese a que, inicialmente, el Anteproyecto de Ley de modificación del TRLGDCU para la incorporación de esta Directiva incluyó un precepto que incorporaba (entendemos que de forma deficiente) esta regulación (art. 20 bis. 3 TRLGDCU), el legislador español no incorpora finalmente el art. 11 bis DPCD, toda vez que del texto del Real Decreto-ley 24/2021 desaparece la regulación contenida en el apartado 3 del proyectado art. 20 bis TRLGDCU, sin que dicho régimen se incorpore a ninguna otra norma. No obstante, recientemente se ha aprobado la tramitación de esta regulación como Proyecto de Ley, por lo que habrá que estar atentos a su resultado.

88. A nuestro juicio, la regulación de esta materia es más que necesaria, no sólo a la luz de la ineludible incorporación del art. 11 bis DPCD, sino también al objeto de otorgar a los consumidores instrumentos jurídicos que permitan remover los efectos contractuales derivados de las prácticas comerciales desleales. A la vista de cuanto se ha puesto de manifiesto y, sobre todo, de los antecedentes legislativos y del espíritu de la Directiva (UE) 2019/2161, así como de la finalidad y ubicación sistemática del nuevo art. 11 bis DPCD, estimamos que la incorporación de las medidas correctoras individuales a favor de los consumidores afectados por prácticas comerciales desleales debe incorporarse a nuestro ordenamiento mediante una reforma de la LCD. En particular, a través de la adición de un nuevo inciso en el precepto regulador de la acción de remoción de los efectos perjudiciales de los actos de competencia desleal, que regule los diversos presupuestos aplicativos y el alcance de estas medidas correctoras individuales.

En lo relativo a sus presupuestos de las medidas correctoras de carácter contractual, somos de la opinión de que la aplicación de estas medidas debe quedar condicionada al cumplimiento de un triple requisito: 1) la constatación de la existencia de una práctica comercial desleal; 2) la celebración de un contrato; y 3) que dicha práctica comercial desleal haya podido influir en la celebración del contrato o afectar a su cumplimiento. De esta forma, el consumidor que se haya visto afectado por una práctica comercial desleal podrá acceder a las medidas correctoras sin necesidad de acreditar un nexo causal entre la práctica comercial desleal y la celebración no querida o el cumplimiento defectuoso del contrato. Sería, en cambio, el empresario quien debería soportar la carga de la prueba de que la práctica comercial desleal en cuestión no es apta en abstracto para afectar a la autonomía decisional y negocial del consumidor. Esta solución redundaría en una mayor eficacia de las medidas negociales.

En lo que atañe al contenido de los remedios contractuales, estimamos que la nueva regulación debe permitir al consumidor optar por la medida concreta que mejor satisfaga sus intereses. En consecuencia, el consumidor debe poder solicitar la resolución contractual si se trata de un contrato no deseado o por la rebaja del precio si prefiere mantener sus efectos.

Asimismo, sería conveniente establecer una regulación del alcance de la resolución del contrato y de sus efectos, además de establecer algunas excepciones a su aplicación cuando el objeto del contrato no pueda restituirse al empresario o cuando alguno de los remedios negociales a los que opta el consumidor sea especialmente gravoso para el empresario.

Respecto a la reducción del precio, creemos conveniente que se arbitre un baremo de reducciones en función de la gravedad de la práctica, de sus efectos perjudiciales, del grado de diligencia empleado por el empresario y del resto de circunstancias que rodean el supuesto.

Junto a ello, creemos necesario regular el alcance de la responsabilidad del sujeto agente de la práctica comercial desleal cuando éste sea distinto del empresario que contrata con el consumidor afectado, así como las posibles vías de reclamación por parte del empresario (no infractor) que contrata con el consumidor.

Estas medidas, a nuestro juicio, deberían poder solicitarse directamente por el consumidor al empresario con el que haya celebrado el contrato afectado por la práctica desleal mediante una mera comunicación en la que se detalle la práctica en cuestión y se acredite la contratación. De esta forma los consumidores tendrán una vía más rápida y eficaz de ver eliminados los efectos negociales derivados de prácticas comerciales cuya deslealtad sea declarada judicialmente, ya sea a instancia de los propios consumidores, de asociaciones de defensa de sus intereses o, incluso, de otros competidores. En caso de que el empresario no se avenga a satisfacer el interés del consumidor, éste debe seguir teniendo a su disposición la posibilidad de ejercitar estas acciones en vía judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, proponemos la delimitación de su carácter contractual o extracontractual, así como su previsión para todos los casos en que el consumidor se haya visto afectado por una práctica comercial desleal y no sólo a aquellos en los que se solicite la resolución del contrato. Además, en los casos en que se concedan medidas negociales creemos útil la estimación de una cifra mínima de indemnización. Si bien, sería conveniente permitir que la cuantía sea mayor o menor (incluso nula) si el consumidor acredita unos daños mayores o si el empresario demuestra que los daños son menores o nulos. De esta forma, el remedio resarcitorio respondería a los caracteres de proporcionalidad y eficacia que exige el texto comunitario.

LA ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES, MERCADO INTERIOR Y MEDIO AMBIENTE: LOS RETOS DEL PACTO VERDE

HARMONISATION OF LAW, INTERNAL MARKET AND ENVIRONMENT: THE CHALLENGE OF IMPLEMENTING THE GREEN DEAL

N. DE SADELEER

*Catedrático de Derecho en la Universidad Saint-Louis
Cátedra Jean Monnet*

Recibido:13.12.2021 / Aceptado:17.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6681>

Resumen: Este trabajo expone cómo las nuevas propuestas normativas previstas por la Comisión Europea en el marco del Green Deal para alcanzar la neutralidad climática en 2050 se adoptarán sobre la base jurídica medioambiental genuina (artículo 192 del TFUE), o gracias a la base jurídica del mercado interior (artículo 114 del TFUE).

Palabras clave: mercado interior, política medioambiental, la elección de las base jurídicas, distorsiones de la competencia entre empresas, pacto verde europeo, principio de subsidiariedad, libertades económicas fundamentales.

Abstract: Although it was not mentioned in the 1957 Treaty of Rome, environmental concerns have, through the various treaty reforms, gradually been able to establish themselves as one of the greatest values enshrined in the treaties. Henceforth, environmental protection is not only a core objective of the Union, it has also been placed on equal footing with economic growth and the internal market. The choice of legal basis of EU measures aiming at protecting the environment represents a critical juncture in relations between institutions, as well as the relations between the Member States and the EU. It is not the case that every single provision even remotely relating to environmental issues has been passed under the only chapter of the Treaty dedicated to environmental policy. As the EU harmonisation measures aim at avoiding distortions of competition between undertakings, a significant number of product-oriented directives and regulations which have a direct impact on the internal market, and in particular those which lay down product standards, have been adopted on the base of Article 114 TFEU, a provision empowering the EU institutions to enact all measures affecting the establishment and the functioning of the internal market.

It is thus the aim of this article to assess in line with the new regulatory developments stemming from the Green Deal whether the environment benefits from a greater level of protection thanks to the recourse to the genuine environmental basis (Article 192 TFEU), or thanks to the internal market legal basis (Article 114 TFEU).

Keywords: internal market, environmental policy, choice of legal bases, distortions of competition between undertakings, European Green Pact, principle of subsidiarity, fundamental economic freedoms.

* El autor desea agradecer al Sr. José Manuel Escudero y su colega Angel Manuel Moreno por la revisión de la traducción, así como al Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Saint-Louis por su apoyo financiero.

Sumario: I. Introducción II. El reconocimiento de la protección del medio ambiente en el derecho originario. III. El Pacto verde europeo ¿una revolución silenciosa? IV. Los dos ejes de la armonización. 1. Política medioambiental. 2. Política de mercado interior. 3. Asuntos situados a caballo entre el mercado interior y la legislación medioambiental. V. Las medidas medioambientales y las libertades económicas fundamentales. 1. Armonización positiva. 2. Armonización negativa. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Aunque la protección del medio ambiente no es una preocupación reciente, ha adquirido una nueva urgencia en los últimos años, marcada por la necesidad de encontrar soluciones universales al calentamiento global, la pérdida de biodiversidad y el agotamiento de los recursos naturales. No pasa un día sin que se nos informe de nuevas amenazas, riesgos insospechados, vertidos de petróleo, desaparición de especies salvajes, incendios devastadores, deshielo de glaciares, smog troposférico, disruptores endocrinos....

Sin embargo, aunque el concepto de medio ambiente está ahora bien asentado en los sistemas jurídicos, cabe preguntarse si esta noción no está anticuada en la medida en que la distinción entre naturaleza y medio artificial se ha difuminado¹.

Hay que recordar que el concepto de medio ambiente es un neologismo de finales de los años 60 y cuya preocupación nació, para algunos, como reacción a los excesos del progreso científico y técnico. Pero, ¿qué es exactamente el medio ambiente? Si hablamos de conceptos generales, este es sin duda uno de ellos. Rechazando todo esfuerzo de segmentación jurídica, este concepto camaleónico se limita en su acepción más restringida a lo inmediato, mientras que en su sentido más amplio se confunde con la biosfera. Se ha vuelto, además, imposible trazar la línea entre lo natural y lo artificial. De hecho, «si abrimos los ojos al mundo que nos rodea, veremos que todo lo que nos rodea... lleva la marca de las actividades técnicas del hombre, no sólo las ciudades, sino también el campo, los bosques, los ríos... Asimismo, los innumerables objetos que utilizamos nos conectan a vastas redes de infraestructuras tecnológicas, de cuyo funcionamiento depende inexorablemente nuestra vida, en todos sus aspectos y en cada momento»². Y lo que no conseguimos artificializar (transgénicos, animales clonados, etc.), lo contaminamos. En efecto, ¿cuántas sustancias, residuos, contaminantes, emisiones, radiaciones y efluentes esparcimos en este planeta Tierra, sin darnos cuenta de que se extenderán en la naturaleza, que se convertirán en elementos naturales que ya no controlaremos? De este modo, naturalizamos nuestros artificios.

2. Sea como fuere, esta problemática ha pasado de la marginalidad a situarse como un tema central de la política de la UE, hasta el punto de convertirse recientemente, con el denominado “Green Deal”, en una de las puntas de lanza de la Comisión Europea.

La intervención de la UE en el ámbito medioambiental se justifica por varias razones. La contaminación y la fauna no entienden de fronteras. Aunque el cambio climático pueda producir impactos regionales o locales, lo cierto es que no es sino un fenómeno global.

Ya sea la gestión de los cursos de agua transfronterizos, los traslados internacionales de residuos, la conservación de las especies migratorias, la lucha contra las sustancias que agotan la capa de ozono estratosférica o la reducción de los gases que contribuyen al calentamiento global, es necesario actuar a nivel transnacional. Por ello, desde principios de los años setenta, la Comunidad Económica Europea estaba llamada a desempeñar un papel importante en la aproximación de las normativas nacionales relativas a la protección del medio ambiente. Poco a poco, su política ha ido abarcando un amplio abanico de ámbitos, desde la protección de las aguas subterráneas hasta la de las especies endémicas o vulnerables.

3. Dado que el “Green Deal” se estará aplicando mediante la futura adopción de un gran número de directivas y reglamentos, se plantea la cuestión de si las medidas reglamentarias previstas deben estar vinculadas a la política medioambiental (artículo 192 TFUE) o a la política de mercado interior (artículo

¹ C. Y R. LARRERE, *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*. Paris : Alto Aubier, 1997, p. 159.

² PH. ROQUEPLO, *Climats sous surveillance. Limites et conditions de l'expertise scientifique*. Paris : Economica, 1993, p. 266.

114 TFUE), que tiene una connotación más económica. Así pues, el objetivo de este artículo es evaluar si el medio ambiente se beneficia de un mayor nivel de protección gracias al recurso a la base medioambiental genuina, o recurriendo a la base jurídica del funcionamiento del mercado interior.

4. En la primera sección, destacaremos el lugar que ocupa la protección del medio ambiente en el derecho originario. En la segunda sección, explicaremos brevemente los enfoques complementarios del Pacto Verde Europeo. A continuación, expondremos las tensiones entre esta política y la del mercado interior, concretamente en lo que respecta a la elección de las respectivas bases jurídicas de los actos de armonización y la determinación de los umbrales de protección. Finalmente, en una última sección, evaluaremos el impacto en la aplicación del principio de libre circulación de mercancías que complementa la armonización lograda a través de una serie de directivas y reglamentos.

II. El reconocimiento de la protección del medio ambiente en el derecho originario

5. A principios de los años 70 no era fácil desarrollar las bases de una política medioambiental europea en un mundo tan artificial.

Como el ordenamiento jurídico comunitario se concibió originalmente en términos de integración económica, ignorando la precariedad de los recursos naturales y los bienes inapropiados que debemos a las generaciones futuras, sólo se abrió lentamente a las exigencias ambientales. Aunque no se mencionaba en el Tratado de Roma de 1957, la protección del medio ambiente ha conseguido, a lo largo de las reformas institucionales, convertirse en una de las principales preocupaciones de las instituciones, como demuestra el nuevo “Green Deal” de la Comisión Europea³.

La ausencia de disposiciones que establecieran una competencia específica de la Comunidad Económica Europea en materia de lucha contra la contaminación no impidió que el Consejo de ministros adoptara, ya a finales de los años 60, las primeras directivas que contribuirían al desarrollo de una política comunitaria de medio ambiente. Todo comenzó con una decisión adoptada en París en octubre de 1972 por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la época, que invitaba a las instituciones a elaborar un programa de acción con un calendario preciso. Esta evolución es tanto más significativa puesto que la política social, que fue objeto de disposiciones específicas (artículos 117 a 128 del Tratado CE), surgió no solo más tarde que la política medioambiental sino que también a un nivel de intensidad menor⁴.

6. A falta de bases jurídicas, el Consejo de ministros tuvo que basar su intervención, antes de la entrada en vigor del Acta Única, unas veces en el artículo 100 del TCE (artículo 115 del TFUE; artículo 94 del TCE), otras en el artículo 235 del TCE (artículo 352 del TFUE; artículo 308 del TCE), así como en estas dos disposiciones simultáneamente. Sin embargo, estas disposiciones que acabamos de mencionar supusieron un gran obstáculo para el desarrollo de una política controvertida desde el principio. La regla de la unanimidad en el Consejo, exigida para estos dos procedimientos, frenó considerablemente el desarrollo de una política comunitaria ambiciosa.

Además, se criticó la adopción de directivas medioambientales sobre la base de aquellas dos disposiciones, alegando que la CEE no tenía competencia global para tratar este asunto. Por supuesto, no era una de las tareas que le asignaba el artículo 3 del Tratado CE. A lo sumo, su competencia se limitaba a la regulación de las cuestiones directamente relacionadas con la supresión de los obstáculos al comercio intracomunitario. El Tribunal de Justicia no tardó en poner fin a cualquier duda sobre la legalidad de esta competencia, dictaminando que «no se excluye en absoluto que las disposiciones relativas a la

³ El “Pacto Verde” de la Unión Europea proporciona un plan maestro para una transición justa hacia un futuro sostenible y climáticamente neutral. Con este Pacto, la Unión se trazó el objetivo de convertir hasta el 2050 a Europa en el primer continente clima neutral. Comunicación de la Comisión, *El Pacto Verde Europeo*, COM(2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

⁴ A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 23-36.

protección del medio ambiente estén cubiertas por el artículo [115 TFUE] (antiguo artículo 100 TCE)»⁵. Además, la protección del medio ambiente, como valor fundamental, fue afirmada a principios de los años 80 por el Tribunal de Justicia, no así por los autores del Tratado de Roma con la intención de ampliar la lista de excepciones expresas a la libre circulación de mercancías. De hecho, la intervención de la Comunidad estaba justificada por el hecho de que «las consideraciones sanitarias y medioambientales pueden suponer una carga para las empresas a las que se aplican y, a falta de aproximación de las disposiciones nacionales en este ámbito, la competencia podría verse sensiblemente falseada»⁶. Así, la consagración de este valor fue inicialmente más reactiva que proactiva. Posteriormente, el Tribunal de Justicia reconoció que una directiva sobre la eliminación de aceites usados formaba parte de «la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad» y, por tanto, justificaba las restricciones a los «principios fundamentales» del derecho comunitario, a saber, la libre circulación de mercancías y la libre competencia⁷.

La afirmación del medio ambiente como valor de interés general por parte del Tribunal ha contribuido a reforzar el estatus del derecho ambiental como rama significativa del derecho comunitario. Sin embargo, esta premisa no aclaraba la naturaleza y el contenido de las medidas que debían adoptarse. Por lo tanto, era esencial dotar al Consejo de un marco de actuación mejor estructurado.

7. Más tarde, afirmada como «acción» en 1987 por el Acta Única Europea, se convirtió en «política» con la adopción del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. Las competencias se profundizaron: objetivos más claros y votación por unanimidad en el Consejo sustituida por mayoría cualificada en el marco del procedimiento de cooperación. Con el Tratado de Ámsterdam de 1997 se exigió «un alto nivel de protección y mejora del medio ambiente» en todas las políticas comunitarias. Además, se sustituyó el procedimiento de cooperación por el procedimiento de codecisión, con un contenido mucho más democrático. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el reconocimiento simultáneo de los tres pilares del desarrollo sostenible consagrados en el artículo 3.3 del TUE y de un principio de alto nivel de protección del medio ambiente en la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 37) permite medir el alcance de los progresos realizados desde la entrada en vigor del Tratado de Roma.

8. El objetivo de la Unión ya no es únicamente económico, sino también medioambiental. Por lo tanto, el funcionamiento del mercado interior debe conciliarse con un valor no mercantil cuya protección jurídica es igualmente esencial. El lugar destacado que ocupan ahora las cuestiones ambientales en el derecho originario no es baladí.

Dicho esto, la consagración en el derecho originario de tal valor no puede poner en tela de juicio los principios generales del Derecho de la Unión. Por muy legítimas que sean, las consideraciones medioambientales no pueden justificar la discriminación indirecta resultante de la percepción de una tasa por el uso de la infraestructura vial a la que están sujetos los vehículos de menos de 3,5 t., mientras que los vehículos matriculados en Alemania se benefician de una exención del impuesto sobre los vehículos de motor equivalente a la que habrían tenido que pagar por la tasa⁸.

Por último, podría argumentarse que, al constituir una de las múltiples facetas del interés general, la protección de este valor no sería más específica que otros valores como la salud pública⁹, la protección de los consumidores¹⁰, o la promoción de la diversidad cultural¹¹. Sin embargo, este razonamiento ignora el imperativo del desarrollo sostenible. El crecimiento económico sostenible va de la mano de la conservación de los recursos naturales, la mejora de la calidad de vida, la protección de los trabajadores

⁵ STJCE de 18 de marzo de 1980, *Comisión / Italia*, asuntos acumulados C-91/79 y C-92/79, Rec. p. I-1099 y 1115, EU:C:1980:85.

⁶ *Ibid.*

⁷ STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Défense de Brûleurs d'Huiles Usagées (ADBHU)*, asunto C-240/83, Rec. p. I-531, EU:C:1985:59.

⁸ STJUE de 18 de junio de 2019, *Austria / Alemania*, asunto C-591/17, EU:C:2019:504, apartado 75.

⁹ Artículo 168.1 TFUE.

¹⁰ Artículo 169.1 TFUE.

¹¹ Artículo 167.1 TFUE.

frente a la contaminación industrial, la concienciación de los consumidores sobre su huella ecológica y la conservación de la biodiversidad. Desde esta perspectiva, la protección del medio ambiente se convierte en el acicate de un crecimiento económico más responsable, que podría retrasar el riesgo de apocalipsis pronosticado por una gran parte de la comunidad científica. Existe, pues, una jerarquía implícita de valores en el derecho primario¹².

Ciertamente, podemos congratularnos de que los autores de los tratados hayan ponderado intereses, fijado objetivos, proclamado principios, exigido la descompartimentación de las políticas y definido ampliamente los marcos de intervención. Pero, ¿está el derecho derivado a la altura de las ambiciones que se plasmaron en los tratados? Esta es la pregunta a la que trataremos de responder en la siguiente sección.

III. El Pacto Verde Europeo ¿una revolución silenciosa?

9. Según la Comisión europea, «Estamos en un momento crucial de la respuesta mundial a las emergencias relacionadas con el clima y la biodiversidad, y somos la última generación que aún puede actuar a tiempo». En este contexto, la Comisión ha adoptado, en 2019 y 2021, dos comunicaciones históricas.

10. En primer lugar, el Pacto Verde Europeo adoptado por la Comisión europea en diciembre de 2019 estableció el plan para este cambio transformador¹³. En él, la Comisión analiza el desarrollo de las políticas de suministro de energía limpia al conjunto de la economía, la industria, la producción y el consumo, las grandes infraestructuras, el transporte, la alimentación y la agricultura, la construcción, la fiscalidad y las prestaciones sociales¹⁴. En consecuencia, el Pacto Verde Europeo prevé la adopción de estrategias sobre biodiversidad, economía circular, contaminación cero, movilidad sostenible e inteligente, oleada de renovación, alimentos sostenibles, hidrógeno, baterías, energía renovable marina y muchas otras.

11. En segundo lugar, en virtud de la legislación europea sobre el clima (Reglamento (UE) 2021/1119), la UE se ha fijado objetivos ambiciosos para reducir las emisiones netas en al menos un 55% para 2030 en comparación con 1990, así como para ser el primer continente neutral desde el punto de vista climático para 2050. En este contexto, el paquete «Objetivo 55» (Fit for 55, en su versión en inglés) es un conjunto de propuestas legislativas, las cuales tienen por objeto hacer que la Unión Europea pueda alcanzar esta reducción del 55 % y lograr así la neutralidad climática en 2050¹⁵. En otras palabras, estas propuestas están interconectadas y orientadas hacia el mismo objetivo de garantizar una transición justa, competitiva y ecológica de aquí a 2030 y más allá.

El paquete «Objetivo 55» incluye, por tanto, cuatro propuestas para la promoción de normas de productos con el fin de promover la comercialización de vehículos y combustibles más limpios¹⁶. Todas estas medidas se refuerzan y complementan mutuamente. Por otro lado, la Comisión propone igualmente promover la utilización de combustibles sostenibles en los sectores aéreo y marítimo como complemento del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE) para ambos sectores. Estas normas están basadas en el Artículo 114 TFUE.

La Comisión Europea propone también revisar las normas del régimen de comercio de derechos de emisión de la aviación, como parte del paquete legislativo «Objetivo 55», para garantizar que el sector contribuya al objetivo más ambicioso de lograr una reducción neta de emisiones de al menos el 55% para 2030, en comparación con los niveles de 1990.

¹² Sikora A. (2020). *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*. Groningen: Europa Law Publishing.

¹³ Comunicación de la Comisión, *El Pacto Verde Europeo*, *op.cit.*

¹⁴ *Ibidem*, nº 2.1.

¹⁵ Comunicación de la Comisión, «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM(2021) 550 final, de 14 de julio de 2021, p. 1.

¹⁶ Véase el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, DOUE L 111, p. 13.

Uno de los otros elementos del paquete «Objetivo 55» es la revisión de la Directiva sobre energías renovables (RED II), para cumplir el nuevo objetivo del 55% de GEI. En virtud de la RED II, la UE está actualmente obligada a garantizar que al menos el 32 % de su consumo energético provenga de fuentes de energía renovables para 2030¹⁷. La RED II revisada establece un nuevo objetivo de la UE de una cuota mínima del 40% de fuentes de energía renovables en el consumo final de energía para 2030. La directiva REDII se basa igualmente en el artículo 192, apartado 1, TFUE.

Del mismo modo, la adopción del Nuevo Plan de acción de la economía circular¹⁸ llevará a la modificación de un gran número de directivas sobre residuos, todas ellas adoptadas en base al artículo 192 TFUE¹⁹.

12. Sin embargo, las respuestas a la crisis climática requieren algo más que la adopción de normas sobre productos en el mercado interior. Se necesita más. De hecho, «las crisis simultáneas, climática y de biodiversidad, no pueden tratarse por separado. (...) Restaurar la naturaleza y permitir que la biodiversidad vuelva a prosperar es esencial para absorber y almacenar más carbono»²⁰. De ahí que la Comisión Europea también esté barajando la posibilidad de modificar varias directivas medioambientales que se adoptaron sobre la base del artículo 192 del TFUE.

En este contexto, la Comisión desea aumentar la capacidad de los bosques, los suelos, los humedales y las turberas, los océanos y las masas de agua de la UE para actuar como sumideros y reservas de carbono. En relación al Reglamento sobre el uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura (conocido por sus siglas LULUCF),²¹ con base en el artículo 192, apartado 1, TFUE, la Comisión propone establecer mayores ambiciones para la expansión del sumidero natural de carbono de la UE, que es esencial para equilibrar las emisiones y alcanzar la neutralidad climática en 2050.

En su Estrategia sobre Biodiversidad,²² la Comisión propone objetivos cuantificados, como incrementar la cobertura de zonas terrestres y marítimas protegidas con gran diversidad a partir de la red Natura 2000 establecida por la Directiva 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres²³.

13. Las reformas legislativas previstas en este texto por la Comisión Europea parecen, a primera vista, muy ambiciosas. Así, surgen dos ejes de reforma legislativa: por un lado, la integración máxima en el marco del mercado interior (artículo 114 TFUE); por otro, la integración mínima en el caso de la política medioambiental (artículo 192 TFUE). Por lo tanto, nos corresponde exponer en la sección siguiente las cuestiones que se derivan de cada forma de armonización. No trataremos aquí las directivas sobre energía, que se basan en el artículo 194 TFUE.

IV. Los dos ejes de la armonización

14. Inspirada unas veces por el temor a un mercado común que se desmorona, otras veces por el deseo de presentar una imagen menos mercantil, y otras tantas por el deseo de salvaguardar la natu-

¹⁷ Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, OJ L 328, 21.12.2018, p. 82.

¹⁸ Comunicación de la Comisión, *Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*, COM(2020) 98 final, de 11 de marzo de 2020.

¹⁹ Véase De Sadeleer, N. (2017). *Le droit des déchets dans l'UE. De l'élimination à l'économie circulaire*. Bruselas : Bruylant. p. 714.

²⁰ Comunicación de la Comisión, «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM(2021) 550 final, de 14 de julio de 2021, n° 2.3.

²¹ Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, DOUE-L-2018-81020.

²² Comunicación de la Comisión, *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas*, COM(2020) 380 final, de 20 de mayo de 2020.

²³ Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, DOUE-L-1992-81200.

raleza amenazada, nació, hace casi cinco décadas, la política ambiental europea. En la actualidad, el derecho derivado consiste en una serie de regímenes jurídicos destinados a regular la contaminación y los riesgos (residuos, productos químicos, emisiones al agua y al aire) y a proteger los principales medios (hidrosfera, atmósfera, pedosfera) y algunos de sus componentes (biosfera)²⁴. Actualmente hay más de 300 normas en este sector, que representan casi el 8% del derecho derivado²⁵, cuya aplicación es objeto de numerosos litigios.

Aunque desde 1987 se dedica un título específico al medio ambiente (artículos 191 a 193 del TFUE; artículos 174 a 176 del TCE), esta cuestión es, por su carácter transversal, mucho más amplia de lo que cabría imaginar.

15. Aunque entran en juego varias bases jurídicas, la armonización se ha basado principalmente en dos ejes. Por un lado, una política de emisiones (normas de vertido) y de medios receptores (objetivos de calidad), cuyos actos se adoptan sobre la base del artículo 192 del TFUE; esta última es muy descentralizada y de mínimos (artículo 193 del TFUE)²⁶. Por otro lado, una política de productos, cuyos actos se adoptan sobre la base del artículo 114 del TFUE; ésta se basa en normas uniformes destinadas a facilitar su libre circulación en el mercado interior.

1. Política medioambiental

16. Mientras que el legislador de la UE se basa en el artículo 114 del TFUE cuando adopta reglamentos que regulan la comercialización de productos o sustancias nocivas para el medio ambiente, utiliza el artículo 192 del TFUE para adoptar directivas destinadas a proteger determinados ecosistemas y regular los perjuicios (contaminación acústica urbana, residuos, etc.).

17. Debido a la configuración de una política ambiental fuertemente marcada por la subsidiariedad,²⁷ estas directivas, y en particular las directivas marco, son la punta de lanza de la armonización lograda en este ámbito. Si bien el legislador nunca ha recurrido a reglamentos para la protección del agua, la protección del aire o la regulación del ruido, sí lo ha hecho para las cuestiones siguientes:

- la regulación de la participación voluntaria de las empresas (véanse, por ejemplo, los reglamentos sobre etiquetas ecológicas o sobre auditorías ecológicas)²⁸,
- el control de la importación, exportación y traslado de especies en peligro de extinción por el comercio internacional²⁹,
- el control de la importación, la exportación y el traslado de residuos de acuerdo con el Convenio de Basilea³⁰,

²⁴ L.KRÄMER, *EU Environmental Law*, octava edición, 2016, Sweet and Maxwell; D.LANGLET/S. MAHMOUDI, *EU Environmental Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016; A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

²⁵ De Sadeleer, N. (2010). *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas : ULB.

²⁶ A.M. MORENO MOLINA, *Derecho comunitario del medio ambiente*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 110-112.

²⁷ Artículo 5.3 TUE.

²⁸ Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), DOUE-L-2009-82515.

²⁹ Véanse, a modo de ejemplo, los reglamentos (CEE) n° 348/81 del Consejo, de 20 de enero de 1981, relativo a un régimen común aplicable a las importaciones de productos derivados de los cetáceos, DOUE-L-1981-80046; n° 32544/91 del Consejo, de 4 de noviembre de 1991, por el que se prohíbe el uso de cepos en la Comunidad y la introducción en la Comunidad de pieles y productos manufacturados de determinadas especies animales salvajes, DOUE-L-1991-81623; n° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, DOUE-L-1997-80321.

³⁰ Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, DOUE-L-2006-81366.

- la aplicación de los tres componentes (participación, acceso a la información ambiental, acceso a la justicia) de la Convención de Aarhus³¹,
- la aplicación de las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de los que la UE es parte (convenios de Basilea, Estocolmo, Rotterdam, etc.)³²,
- la propuesta de Reglamento por el que se establece un Mecanismo de ajuste en frontera por emisiones de carbono³³.

18. A diferencia de los reglamentos mencionados, que pueden llegar a ser muy precisos o detallados, las disposiciones de las directivas marco suelen estar redactadas de forma muy general.³⁴ A priori, el recurso a este instrumento tiene como efecto aumentar el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales en cuanto a la elección de la forma y los medios adecuados para alcanzar los objetivos fijados por el legislador de la Unión. Sin embargo, este margen está limitado por el efecto útil de las normas de derecho derivado que obligan a los Estados miembros a adoptar una línea de acción específica con el fin de prevenir los daños al medio ambiente³⁵. Además, la armonización tiene un carácter mínimo, ya que, en virtud del artículo 193 del TFUE, los Estados miembros pueden adoptar medidas más estrictas que las previstas en la medida de armonización³⁶.

19. Al igual que otros ámbitos del derecho europeo, las directivas adoptadas sobre la base del artículo 192 del TFUE son cada vez más complejas y procedimentales, lo que agrava el carácter engorroso de estas normas, redactadas más por técnicos que por juristas.

Además, los regímenes de protección del medio ambiente están vinculados a enfoques sectoriales heterogéneos (naturaleza, agua, aire, residuos, cambio climático, protección de la capa de ozono, etc.) que persiguen objetivos distintos (buen estado de la calidad del agua³⁷, estado de conservación favorable de hábitats y especies³⁸, etc.), según procedimientos específicos, a menudo realizados sin ninguna visión de conjunto.

La armonización es variable: algunas cuestiones están más sujetas a la subsidiariedad (instalaciones clasificadas, objetivos de calidad para diversos contaminantes en los ecosistemas, etc.) que otras. Otros sectores son objeto de una armonización casi total: movimiento interestatal de residuos³⁹, restricciones a la comercialización o al uso de sustancias peligrosas⁴⁰. Debido a la reticencia de algunas autoridades nacionales, algunos sectores también escapan en parte a la armonización. Es el caso de

³¹ Reglamento (CE) n° 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, DOUE-L-2006-81793.

³² Véanse, a modo de ejemplo, los reglamentos n° 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, DOUE-L-2000-81791; y n° 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, DOUE-L-1997-80321.

³³ SEC(2021) 564 final.

³⁴ Véase la Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina), DOUE-L-2008-81148.

³⁵ Véase la STJCE de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, asunto C-72/95, *Rec.* p. I-5403, EU:C:1996:404, apartado 50; así como la STJCE de 28 de febrero de 2008, *Abraham y otros*, asunto C-2/07, *Rec.* p. I-1197, EU:C:2008:133, apartado 37; y la STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Waddenzee*, asunto C-127/02, *Rec.* 2004 p. I-7405, EU:C:2004:482, apartado 53.

³⁶ N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas: ULB, 2010, pp. 421 y siguientes.

³⁷ Artículo 4.1, a, ii) de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DOUE-L-2000-82524v.

³⁸ Artículo 2.2 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, DOUE-L-1992-81200. Véase De Sadeleer, N. (2021). "La consideración de la incertidumbre a la luz del principio de precaución: el caso de las Directivas de Aves y Hábitats", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2 Noviembre 2021, n. 117.

³⁹ STJCE de 13 de diciembre de 2001, *Daimler Chrysler*, asunto C-324/99, *Rec.* 2001 p. I-9897, EU:C:2001:682, apartado 33.

⁴⁰ STG de 12 de abril de 2013, *Du Pont de Nemours (Francia) y otros / Comisión*, asunto T-31/07, EU:T:2013:167, apartado 203.

la regulación de los vertidos de sustancias peligrosas al agua. Por ejemplo, la contaminación histórica escapa al régimen armonizado de responsabilidad ambiental⁴¹. Por último, sectores enteros (ordenación del territorio, fracking, etc.) han sido totalmente desatendidos con el argumento de que estas cuestiones son competencia del legislador nacional.

20. ¿Ha producido este ámbito del derecho derivado los efectos deseados? ¿Debemos ver el vaso medio lleno o medio vacío? Hay que decir que esta plétora de normas heterogéneas dispersas en diferentes regímenes sectoriales, cuya normatividad es extremadamente variable, constituye una estructura en gran medida inacabada.⁴²

El resultado es que las cuestiones son especialmente enmarañadas: los regímenes de autorización se solapan o incluso se contradicen, la ordenación de las múltiples “zonificaciones” previstas por las directivas que persiguen objetivos divergentes resulta delicada, los regímenes que persiguen un puro utilitarismo se codean o incluso compiten con los regímenes que garantizan la conservación de forma totalmente desinteresada. Los niveles de protección fluctúan constantemente, ya que el objetivo no es ciertamente eliminar todo el riesgo, sino mantener los daños dentro de los límites considerados como aceptables, teniendo en cuenta las capacidades de asimilación, dilución y resiliencia de los ecosistemas. A menudo es difícil ver si ciertos regímenes pueden evolucionar más en la dirección de la conservación que del compromiso. La prolijidad del legislador no es necesariamente una garantía de madurez. Además, la subsidiariedad, la proporcionalidad, la diferenciación regional, los caprichos de las negociaciones y la debilidad de los controles son obstáculos para el desarrollo de una política ambiciosa. A esto hay que añadir que las normas del derecho derivado quedan rápidamente obsoletas, tanto por el progreso de los conocimientos científicos como por la evolución especialmente rápida de los problemas ecológicos del planeta en su escala histórica.

El problema radica en la aplicación de estas directivas, una tarea, todo sea dicho, que corresponde a los Estados miembros. Según jurisprudencia reiterada, los Estados miembros tendrán que adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que imponen las directivas⁴³. La competencia que se deja a los Estados miembros en cuanto a la forma y los medios de las medidas que deben adoptar las autoridades nacionales no es, sin embargo, una facultad discrecional. Depende del resultado que las instituciones pretendan conseguir. En consecuencia, el margen de maniobra de los Estados miembros disminuye en proporción a la precisión de la obligación de resultado mostrada por el legislador de la Unión.

La falta de voluntad política y de recursos financieros⁴⁴, la preeminencia de los intereses tradicionales sobre los ambientales, los regímenes de aplicación inadecuados, las restricciones de acceso a la justicia y los regímenes jurídicos ambiguos son factores que socavan la aplicación de las directivas sobre la protección del medio ambiente y, en última instancia, desacreditan el derecho ambiental europeo. El creciente número de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia es sólo la punta del iceberg.

21. Los problemas ambientales están constantemente en primera línea. El umbral de 400 ppm de CO₂ se superó en Hawái en mayo de 2013, un umbral que no se había superado desde el Plioceno, hace 3 millones de años. Los últimos años han sido los más cálidos jamás registrados desde que se empezó a investigar el clima. La contaminación atmosférica también está reduciendo la esperanza de vida en Europa en casi medio millón de personas. En cuanto a la biodiversidad, el número de especies que desaparecen es el más alto de todos los tiempos. En Europa, el objetivo de detener la pérdida de

⁴¹ Artículo 17 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, DOUE-L-2004-81009.

⁴² N.De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 175-222.

⁴³ STJCE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, asunto C385/05, Rec. 2007 p. I611, EU:C:2007:37, apartado 40.

⁴⁴ Los Estados miembros no pueden invocar las dificultades financieras que provoca la aplicación de las directivas, debido a las implicaciones socioeconómicas y presupuestarias de las grandes inversiones que deben realizarse, para justificar los retrasos en la transposición. Véanse la STJUE de 24 de octubre de 2019, *Comisión / Francia*, asunto C636/18, EU:C:2019:900, apartado 85 ; y la STJUE de 10 de noviembre de 2020, *asunto 644/18*, EU:C:2020:895, apartados 151-152.

biodiversidad para 2010 no se ha cumplido. Sólo el 17% de las especies y hábitats evaluados en los informes periódicos se encuentran en un estado de conservación favorable, y la degradación y la pérdida de capital natural están socavando los esfuerzos para cumplir los objetivos de biodiversidad y cambio climático de la UE⁴⁵. A pesar de la acumulación de directivas y reglamentos, y de las normas nacionales resultantes, la presión sobre los ecosistemas aumenta, los espacios naturales se reducen rápidamente⁴⁶, las especies desaparecen a un ritmo preocupante⁴⁷, los productos químicos se acumulan, los suelos se erosionan, los mares se vuelven más ácidos, el hormigón se extiende por la costa, ... Como demuestran los citados ejemplos, el desfase entre las advertencias de la comunidad científica y las decisiones adoptadas para contrarrestar los riesgos importantes es a veces considerable⁴⁸. El desfase entre la norma y las cuestiones que debe regular empieza a ser preocupante.

2. Política de mercado interior

22. El desarrollo de una política medioambiental a nivel europeo surge, sin duda, de la preocupación por evitar las distorsiones de la competencia entre empresas. Si se dejan las medidas ambientales en manos de las autoridades nacionales, se corre el riesgo de que algunos Estados miembros entren en una competencia feroz, ya que algunos podrían atraer las instalaciones contaminantes al lugar donde el coste de la contaminación es más bajo, un fenómeno que difícilmente podría contrarrestarse invocando simplemente el principio de “quien contamina paga”⁴⁹. La falta de armonización de las medidas de control de la contaminación podría haber provocado una reducción general del nivel de protección (« *Race to the Bottom* »). Así, se adoptaron desde los años 70 varias directivas sobre la base del antiguo artículo 100 TCE, posteriormente sustituido por el artículo 95 TCE y ahora por el artículo 114 TFUE con vistas a la creación del mercado común, que se transformó en un mercado interior⁵⁰.

23. En el marco de la política de mercado interior, la comercialización de sustancias químicas (Reglamento REACH, Reglamento sobre plaguicidas, Reglamento sobre biocidas, Reglamento sobre nuevos alimentos, otras sustancias de riesgo químico, etc.) se regulaba originalmente mediante directivas, que posteriormente fueron sustituidas por reglamentos.

La siguiente tabla ejemplifica la sustitución de las directivas legislativas que armonizan la comercialización de productos que contienen sustancias químicas por reglamentos entre 2006 y 2012.

Materia	Directivas	Reglamentos
Comercialización de cosméticos	Directiva 76/768/CEE	Reglamento (CE) n° 1223/2009
Comercialización de productos fitosanitarios	Directiva 91/414/CEE	Reglamento (CE) n° 1107/2009
Comercialización de biocidas	Directiva 98/01/CEE	Reglamento (UE) n° 528/2012
Registro, evaluación y autorización de sustancias químicas	Directiva 76/769/CEE	Reglamento (CE) n° 1907/2006

24. Estos actos diversos han conseguido armonizar los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que deben cumplirse para poder comercializar productos de riesgo. Además, esta armonización es de carácter máximo, ya que los Estados miembros sólo pueden apartarse de la medida

⁴⁵ Apartado sexto del Anexo I del VII Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta».

⁴⁶ Joint EEA-FOEN Report No 11/2016, *Urban Sprawl in Europe*.

⁴⁷ EEA Report No 10/2020, *State of nature in the EU*.

⁴⁸ Aunque los inspectores de trabajo británicos ya habían puesto de manifiesto el peligro que suponía la extracción de amianto para los trabajadores a principios del siglo XX, no fue hasta el 19 de marzo de 1987 cuando el Consejo adoptó la primera directiva sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto. Véase la Directiva 87/217/CEE del Consejo, de 19 de marzo de 1987, DO, n° L 85/40.

⁴⁹ Artículo 191 TFUE. Véase De Sadeleer, N. (2021). *Environmental Law Principles*. Oxford : OUP. pp. 32-83.

⁵⁰ N.De SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 157-161.

comunitaria si actúan de acuerdo con una cláusula de salvaguardia⁵¹ o si, en su caso, están autorizados por la Comisión Europea en virtud de los artículos 114 (4) a (6) del TFUE⁵².

25. ¿Ha conseguido este corpus legislativo secundario frenar los riesgos medioambientales que suponen las decenas de miles de sustancias que producimos, usamos, consumimos y eliminamos?

Estos actos tienen como objetivo eliminar los posibles obstáculos al comercio intracomunitario que se derivarían de las normas unilaterales⁵³. Dicho de otro modo, su principal objetivo es establecer la igualdad de condiciones para todos los importadores y productores.

Así pues, la política de la UE sigue impulsada más por el deseo de igualar las condiciones que por la conservación de los ecosistemas. Además, a pesar del alcance relativamente amplio del reglamento REACH, la UE no dispone de un conjunto de normas destinadas a reducir el impacto de los productos en la salud y el medio ambiente de forma sistemática y coherente. El quid de la cuestión es probablemente que, según la lógica del desarrollo sostenible, los productos deben utilizarse durante mucho tiempo, mientras que el crecimiento económico tradicional se basa no sólo en un aumento constante de la producción de bienes, sino también en productos con una vida útil cada vez más corta. Además, la obsolescencia programada de los productos electrónicos confirma nuestros evanescentes patrones de consumo. No hay ningún producto cuyo impacto sea nulo en el medio ambiente; tan solo hay unos más dañinos y otros menos.

Al leer algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia, el profano, preocupado por el consumo de productos naturales, se hundirá en un abismo de perplejidad en cuanto a la artificialización de nuestro mundo⁵⁴.

3. Asuntos situados a caballo entre el mercado interior y la legislación medioambiental

26. La frontera entre las competencias compartidas en relación con el funcionamiento del mercado interior (artículo 114 del TFUE) y el derecho ambiental (artículo 192 del TFUE) no siempre es fácil de trazar. Así, algunas cuestiones están cubiertas por directivas y reglamentos con bases jurídicas diferentes.

27. Un ejemplo es la regulación de los productos fitosanitarios. La comercialización de estos, así como de las «sustancias activas» que contienen, que en un principio estaba cubierta exclusivamente por la PAC (artículo 43 del TFUE; artículo 37 del TCE), se reguló inicialmente mediante la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios. Esta directiva fue sustituida a finales de 2009 por el Reglamento 1107/2009/CE relativo a la comercialización de productos fitosanitarios (en adelante, «Reglamento sobre productos fitosanitarios»)⁵⁵. La base jurídica de este Reglamento son los artículos 43.2 TFUE, 114 TFUE y 168.4 TFUE. La autorización sólo puede concederse si las sustancias activas del producto fitosanitario están incluidas en un reglamento que contiene la lista de sustancias activas (anexo I)⁵⁶. La inclusión de estas sustancias por

⁵¹ Por lo que respecta a las cláusulas de salvaguardia relativas al cultivo de OGM, véase en particular la STJUE de 13 de septiembre de 2017, *Fidenato y otros*, asunto C-111/16, EU:C:2017:676.

⁵² N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford : OUP, 2014, pp. 358-380.

⁵³ M. ONIDA, “*Products and the Environment*”, en MACCRODY, R. (ed.). (2005). *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law. A High Level of Protection?*. Groeningen : Europa Law publishing, p. 248; M. PALLEMAERTS, *EU and WTO Law : How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation?*. Bruselas : VUB University Pres, 2006; L. KRÄMER, *EC Environmental Law*. Londres : Sweet & Maxwell, 1999, pp. 224-272 ; A. M. MORENO MOLINA, *El régimen jurídico de los productos químicos en la Unión europea*. Ed. Iustel, 2010.

⁵⁴ STJCE de 14 de julio de 2005, *Comisión / España*, asunto C-135/03, *Rec.* 2005 p. I-6906, EU:C:2005:457, apartados 36 a 41; STJCE de 4 de abril del 2000, *Darbo*, asunto C-465/98, *Rec.* 2000 p. I-2321, EU:C:2000:184, apartado 33 ; STJCE de 26 de mayo de 2005, *Codacons y Federconsumatori*, asunto C-132/03, *Rec.* 2005, p. I-4167, EU:C:2005:310.

⁵⁵ Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, DOUE-L-2009-82202.

⁵⁶ Artículo 29, párrafo primero, apartado a). Véase el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión, de 25 de mayo de 2011, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la lista de sustancias activas autorizadas, DOUE-L-2011-81129.

parte de la Comisión, en el marco de un procedimiento de comitología, es un reto importante. Para ser incluida en el anexo I del Reglamento, la sustancia activa no debe tener ningún efecto nocivo sobre la salud humana o animal ni ninguna influencia inaceptable sobre el medio ambiente⁵⁷. La inclusión de una sustancia activa (por ejemplo, el glifosato, la azoxistrobina, el triasulfurón, la carfentrazona-etilo, etc.) en el anexo I implica que no tendrá que registrarse como sustancia química con arreglo al reglamento sobre sustancias químicas⁵⁸. La autorización del producto fitosanitario (por ejemplo, el Roundup⁵⁹) la concede el Estado miembro en cuyo territorio se comercializa por primera vez el producto. Para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, el Reglamento somete las autorizaciones concedidas por los Estados miembros al principio de reconocimiento mutuo⁶⁰.

Además, a finales de 2009, el legislador de la UE adoptó la Directiva 2009/128/CE por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para un uso sostenible de los plaguicidas⁶¹. Adoptada sobre la base del artículo 192 del TFUE, esta directiva establece una serie de medidas preventivas que incluyen la planificación nacional para la reducción de los peligros y los riesgos del control químico de las plagas, la mejora de la información al público en general, un sistema de certificación para los usuarios profesionales y los distribuidores, la inspección periódica de los equipos de aplicación, la prohibición de la pulverización aérea, la gestión integrada de las plagas y la protección del medio acuático y de las zonas protegidas, en particular en el marco de la Directiva Marco sobre el agua y de las Directivas sobre aves y hábitats.

Estos dos enfoques normativos son complementarios. Mientras que el Reglamento 1107/2009/CE sobre productos fitosanitarios garantiza la comercialización de los productos que contienen sustancias activas menos nocivas, la Directiva 2009/128/CE establece un marco normativo posterior que obliga a las autoridades públicas a regular el uso de los productos autorizados. Así, el Reglamento sobre productos fitosanitarios conduce a una armonización máxima, mientras que la Directiva 2009/128/CE constituye una armonización mínima, que se justifica por la diversidad de las condiciones agrícolas, fitosanitarias y ambientales de las regiones afectadas. El siguiente cuadro destaca las diferencias entre estos dos enfoques normativos.

Actos de derecho derivado	Reglamento (CE) n°1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 relativo a la comercialización de productos fitosanitarios	Directiva 2009/128/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 octubre de 2009 por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas
Enfoques	Comercialización de los productos fitosanitarios	Uso de los productos fitosanitarios
Medidas preventivas	Lista positiva de sustancias activas ; comercialización y restricciones de productos fitosanitarios	Planes nacionales, formación, regulación de la venta de pesticidas, sensibilización
Base jurídica en el TFUE	Artículo 43, § 2 TFUE (PAC) 114, § 1 TFUE (mercado interior), Artículo 169, § 2, b) TFUE (protección de consumidores)	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)
Armonización UE	Máxima (Artículo 114, § 4-6, TFUE)	Mínima (Artículo 113 TFUE)

28. Del mismo modo, el derecho derivado en materia de conservación de la naturaleza distingue entre un enfoque centralizado para las especies de fauna y flora silvestres que son objeto de comercio internacional (Reglamento 338/97) y las especies autóctonas vulnerables o en peligro (Directivas 2009/147

⁵⁷ Artículo 4, párrafo segundo.

⁵⁸ Artículo 15, párrafo primero, REACH.

⁵⁹ De Sadeleer, N. "Glyphosate as an active substance authorised under the EU pesticides regulations: Regulatory principles and procedures", en Mesnage, R. y Zaller, J. G. (2021) (eds). *Herbicides: Chemistry, Efficacy, Toxicology, and Environmental Impacts*. Elsevier. pp. 292-319.

⁶⁰ Reglamento (CE) n° 1107/2009, Artículo 40.

⁶¹ JOUE, N° L 309/71.

(aves silvestres) y 92/46 (hábitats)). La relación entre estos dos enfoques reguladores es compleja⁶². Así pues, a pesar de la ausencia de una disposición específica en el Reglamento (CE) n° 338/97, las especies cuyo comercio está prohibido por las Directivas sobre aves y hábitats se incluyen automáticamente en el anexo A⁶³. El siguiente cuadro ilustra la línea divisoria entre estos dos enfoques normativos.

Actos de derecho derivado	Reglamento (CE) n° 338/97 relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio	Directiva 2009/147 relativa a la conservación de las aves silvestres Directiva 92/43 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres
Objeto	Aplicación de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). El Reglamento establece una lista de especies amenazadas agrupadas en cuatro anexos (A, B, C y D).	Estas directivas establecen un régimen general de protección de todas las especies de aves silvestres que viven en el territorio europeo, así como de especies de otros taxones.
Base jurídica en el TFUE	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)	Artículo 192, § 1 TFUE (medio ambiente)
Armonización UE	Mínima (Artículo 113 TFUE)	Mínima (Artículo 113 TFUE)

V. Las medidas medioambientales y las libertades económicas fundamentales.

29. Algunos consideran que las medidas nacionales o regionales de protección del medio ambiente enmascaran el deseo de una política neoproteccionista. ¿El deseo de garantizar una mejor protección del medio ambiente limitando la importación de productos contaminantes no es acaso una coartada especialmente verosímil para reforzar la posición competitiva de las industrias nacionales? ¿No es esta estrategia tanto más insidiosa cuanto que las medidas adoptadas para luchar contra la contaminación son, en su mayor parte, aplicables indistintamente a los productos nacionales y extranjeros? ¿Deben las medidas nacionales de protección del medio ambiente ceder el paso a la libertad de circulación de bienes y servicios, que, a juicio del Tribunal de Justicia y de la gran mayoría de los tratadistas,⁶⁴ es una de las puntas de lanza de la integración europea?

30. La compatibilidad de las medidas ambientales adoptadas por los Estados miembros y las libertades económicas debe abordarse desde dos ángulos distintos: la aplicación directa de las libertades de circulación y, de forma complementaria, la armonización positiva.

El jurista tendrá que verificar primero si la validez de la medida nacional debe evaluarse a la luz de la medida de armonización o del Derecho originario, lo que no es un ejercicio fácil. En segundo lugar, a falta de una armonización completa, en la medida en que el régimen nacional constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la libre circulación de mercancías (artículos 34-36 TFUE), deberá comprobar la pertinencia de la justificación alegada por las autoridades nacionales y la proporcionalidad de la medida. Dado que el derecho ambiental nacional incluye regímenes ambientales híbridos inspirados unas veces en el derecho administrativo, otras veces en el derecho fiscal o en el derecho penal, y otras tantas en el derecho civil, esta verificación no se antoja para nada fácil.

⁶² Véase García Ureta, A. (2010). *Derecho Europeo de la Biodiversidad*. Iustel.

⁶³ El anexo A incluye las especies incluidas en el anexo I de la CITES, así como otras especies que la UE considera en peligro de extinción o extremadamente raras. El Tribunal de Justicia ha juzgado que el Reglamento 338/97 no se opone a que un Estado miembro imponga una prohibición general de la utilización comercial de especímenes nacidos y criados en cautividad de especies del anexo A en su territorio. Es el caso de la prohibición francesa de comercializar determinadas especies de loros incluidas en el anexo A, a pesar de que estos ejemplares han nacido en cautividad en Francia. Véase STJCE DE 23 de octubre de 2001, *Tridon*, asunto C-510/99, Rec. 2001 p. I- 7777, EU:C:2001:559, apartado 41.

⁶⁴ Oliver, P. (2010). *Oliver on Free Movement of Goods*. Oxford : Hart. pp. 101-102.

1. Armonización positiva

31. En cuanto las exigencias de las directivas y los reglamentos armonicen plenamente una cuestión, las medidas nacionales que restringen el comercio deben evaluarse en el marco del derecho derivado y no del derecho originario relativo a la libre circulación de mercancías⁶⁵.

Por lo tanto, se priva a los Estados miembros de la posibilidad de adoptar medidas más restrictivas que las previstas en el derecho derivado. No se pueden invocar los requisitos de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* ni las justificaciones establecidas en el artículo 36 del TFUE⁶⁶. Por ejemplo, cuando la norma de armonización ha establecido procedimientos de control comunes y completos, las autoridades nacionales están obligadas a realizar sus inspecciones de acuerdo con estos procedimientos. El caso de *Daimler Chrysler* ofrece una visión interesante. En este caso, el Land de Baden-Württemberg obligaba a los productores y poseedores de residuos peligrosos establecidos en su territorio a enviarlos para su incineración a un centro de tratamiento perteneciente a dicho Land, lo que privaba a sus poseedores de la posibilidad de exportarlos a menor coste a Bélgica para su tratamiento. Al tener que comprobar si el Reglamento 1013/2006, relativo a los traslados de residuos, permitía a los Estados miembros tomar medidas para prohibir los traslados de residuos con el fin de aplicar los principios de proximidad y autosuficiencia «de conformidad con el Tratado», el TJUE tuvo que definir los contornos de estos términos. El Tribunal dictaminó que la normativa alemana relativa al traslado de residuos en cuestión debe apreciarse a la luz de las disposiciones de dicho Reglamento y no de los artículos 30, 34 y 36 del Tratado»⁶⁷. Este examen debe realizarse únicamente a la luz de las disposiciones del Reglamento 1013/2006.

32. Los Estados miembros sólo pueden apartarse de la norma de armonización si esta prevé expresamente posibilidades de excepción, en forma de cláusula de salvaguardia. Así, si un Estado miembro desea contrarrestar un nuevo riesgo para el medio ambiente o la salud mediante un régimen de prohibición o restricción tras la concesión de la autorización de comercialización de un organismo genéticamente modificado (OGM) está obligado a utilizar una de las cláusulas de salvaguardia previstas en la normativa de la Unión⁶⁸, bien el apartado 2 del artículo 16 de la Directiva 2002/53 referente al catálogo común de las variedades de la especie de plantas agrícolas, bien el apartado 1 del artículo 23 de la Directiva 2001/18 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de OGM, bien el artículo 34 del Reglamento 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente⁶⁹. Expresiones específicas del principio de precaución⁷⁰, estas cláusulas de salvaguardia se han interpretado de forma restrictiva, especialmente en los casos del maíz MON 810, ya que suponen una excepción al principio general de libre circulación⁷¹.

⁶⁵ Véanse, entre muchas otras, las sentencias : STJCE, 5 de octubre de 1977, *Tedeschi*, asunto C-5/77, *Rec.* 1977 p. 1555, EU:C:1977:144, apartado 35 ; STJCE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, *Rec.* 1979 p. 1629, EU:C:1979:110, apartado 36 ; STJCE de 8 de noviembre de 1979, *Denkavit Futtermittel*, asunto C-251/78, *Rec.* 1979 p. 3369, EU:C:1979:252, apartado 14 ; STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Moormann*, asunto C-190/87, *Rec.* 1988 p. 4689, EU:C:1988:424, apartado 10 ; STJCE de 7 de marzo de 1989, *Schumacher*, asunto C-215/87, *Rec.* 1989 p. 617, EU:C:1989:111, apartado 15 ; STJCE de 21 de marzo de 1991, *Delattre*, asunto C-369/88, *Rec.* 1991 p. I-1487, EU:C:1991:137, apartado 48 ; STJCE de 8 de abril de 1992, *Comisión / Alemania*, asunto C-62/90, *Rec.* 1992 p. I-2575, EU:C:1992:169, apartado 10 ; STJCE de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, asunto C-323/93, *Rec.* 1994 p. I-5077, EU:C:1994:368, apartado 30; STJCE de 10 de noviembre de 1994, *Ortscheit*, asunto C-320/93, *Rec.* 1994 p. I-5243, EU:C:1994:379, apartado 14.

⁶⁶ STJCE de 12 de noviembre de 1998, *Comisión / Alemania*, asunto C-102/96, *Rec.* 1998 p. I-687, EU:C:1998:529; STJCE de 20 de octubre de 2005, *Comisión / Suecia*, asunto C-111/03, *Rec.* 2005 p. I-8789, EU:C:2005:619.

⁶⁷ STJCE de 13 de diciembre de 2001, *Daimler Chrysler*, asunto C-324/99, *Rec.* 2001 p. I-9897, EU:C:2001:682, apartado 43.

⁶⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Pioneer Hi Bred Italia*, asunto C-36/11, EU:C:2012:534; Conclusiones del Abogado General Y. Bot en este mismo asunto, EU:C:2012:250, apartado 51.

⁶⁹ De Sadeleer, N. (2018). "National Control of GMO Cultivation in the EU. The Path to Reconciliation of Opposed Interests", en *Nordic Journal of Environmental Law*. pp. 27-54.

⁷⁰ STJCE de 21 de marzo de 2000, *Greenpeace France y otros*, asunto C-6/99, *Rec.* 2000, EU:C:2000:148, apartado 44 ; STJCE de 9 de septiembre 2003, *Monsanto Agricultura Italia*, asunto C-236/01, *Rec.* 2003 p. I-8105, EU:C:2003:431, apartado 111.

⁷¹ STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Monsanto*, asuntos C-58/10 a C-68/10, *Rec.* 2011 p. I-7763, EU:C:2011:553, apartados 70-71.

33. Sin embargo, la mera existencia formal de un acto de derecho derivado no es suficiente para ignorar el artículo 36 del TFUE o las exigencias imperativas de interés general. La armonización aún debe ser completa⁷². Mientras no lo sea, los Estados miembros pueden invocar válidamente los motivos contemplados en el artículo 36 del TFUE o una exigencia imperativa de interés general para impedir la libre circulación de las mercancías de que se trate, siendo la primacía del derecho derivado válida únicamente dentro de los límites del espacio armonizado⁷³.

34. La tarea del jurista es extremadamente difícil en materias heterogéneas reguladas por directivas y reglamentos de contenido muy técnico. Por ello, el Tribunal de Justicia ha tenido que comprobar en varias ocasiones si las disposiciones de las directivas ambientales pueden armonizarse plenamente en este ámbito. Dicho Tribunal ha afirmado que:

- El artículo 5 de la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases, que permite a los Estados miembros promover, de conformidad con el Tratado, sistemas de reutilización de los envases que puedan reutilizarse sin perjudicar al medio ambiente, no conduce a una armonización completa de los sistemas nacionales de fomento de la reutilización de los envases⁷⁴.
- Asimismo, el artículo 7 de la Directiva 94/62 no armoniza completamente los instrumentos económicos que pueden adoptar los Estados miembros. De ello se desprende que un impuesto especial, que deben pagar los comerciantes que no participan en el sistema de recuperación de residuos de envases en Finlandia, debe evaluarse con arreglo al artículo 110 TFUE y no con arreglo a la Directiva⁷⁵.
- Antes de la entrada en vigor de REACH, la regulación de las sustancias químicas no constituía una armonización completa; su carácter incompleto permitía al Estado prohibir unilateralmente una sustancia peligrosa⁷⁶.
- Al no aplicarse a los vehículos de época, las directivas que establecen las normas de emisión que deben cumplirse en la primera puesta en circulación de los vehículos de motor no impiden que los Estados miembros retiren, en virtud de una de las cláusulas de salvaguardia, la matriculación de los vehículos extranjeros que no cumplan las normas de emisión⁷⁷.
- Aunque prohíbe a los Estados miembros restringir u obstaculizar la comercialización de embarcaciones de recreo que lleven el marcado CE, la Directiva 94/25/CE, de 16 de junio de 1994, no se opone a las medidas nacionales que, por razones de protección del medio ambiente, prohíben su uso, siempre que dichas medidas no infrinjan las normas del Tratado⁷⁸.
- El Reglamento 338/97/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, no ha armonizado plenamente el ámbito que abarca. Por lo tanto, las medidas más estrictas adoptadas o mantenidas por los Estados miembros deben ser compatibles con el artículo 34 del TFUE⁷⁹.

⁷² Oliver, P. (2010). *Oliver on Free Movement of Goods*. Oxford : Hart.

⁷³ STJCE de 5 de octubre de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, asunto C-323/93, *Rec.* 1994 p. I-5077, EU:C:1994:368; STJCE de 20 de septiembre de 1994, *Comisión /Italia*, asunto C-249/92, *Rec.* 1994 p. I-4311, EU:C:1994:335; STJCE de 12 de octubre de 2000, *Ruwet*, asunto C-3/99, *Rec.* 2000 p. I-8749, EU:C:2000:560. Por lo que respecta a la protección del medio ambiente, véase, por ejemplo, la STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, *Rec.* 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 27-33.

⁷⁴ CJCE, 14 diciembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-309/02, points 37 à 45. el asunto no se llama así

⁷⁵ STJUE de 12 de noviembre de 2015, *Visnapuu*, asunto C-198/14, EU:C:2015:751, apartado 74.

⁷⁶ STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, *Rec.* 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 27-33.

⁷⁷ STJCE de 11 de diciembre de 2008, *Comisión / Austria*, asunto C-524/07, *Rec.* 2008 p. I-187, EU:C:2008:717, apartados 46-47.

⁷⁸ STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson y Joakim Roos*, asunto C-142/05, *Rec.* 2009 p. I-4273, EU:C:2009:336, apartado 21.

⁷⁹ Véase, en particular, las siguientes sentencias : STJCE DE 23 de octubre de 2001, *Tridon*, asunto C-510/99, *Rec.* 2001 p. I- 7777, EU:C:2001:559, apartados 45-46 ; STJCE de 19 de junio de 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, asunto C-219/07, *Rec.* 2008 p. I-4475, EU:C:2008:353, apartados 14-15 ; STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Comisión / Bélgica*, asunto C-100/08, *Rec.* 2009 p. I-140, EU:C:2009:537, apartado 70.

- Al establecer medidas para proteger a las especies de peces autóctonas de los riesgos patógenos de las especies invasoras, los Países Bajos no pretenden proteger a las especies en peligro de extinción que entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y, por lo tanto, pueden ampararse en el artículo 36 del TFUE⁸⁰.

Por lo que respecta a los actos adoptados en virtud del artículo 114 del TFUE, el margen para adoptar medidas más estrictas es extremadamente limitado.

2. Armonización negativa

35. Cuando el legislador no ha regulado la materia o cuando la medida no conduce a la armonización completa, los Estados miembros siguen siendo libres de fijar el nivel de protección siempre que sus medidas no constituyan obstáculos a la libre circulación de mercancías. La prohibición de principio de las restricciones cuantitativas sobre las medidas de efecto equivalente en el sentido de los artículos 34 y 35 del TFUE puede, sin embargo, ser objeto de excepciones en virtud del artículo 36 del TFUE, en la medida en que estén justificadas por la necesidad de salvaguardar determinados intereses, que se enumeran exhaustivamente⁸¹.

Entre otras, el artículo 36 TFUE establece excepciones por razones de “protección de la salud y vida de las personas y animales” y la “preservación de los vegetales”, invocadas generalmente con éxito por las autoridades nacionales. No obstante, no aparece en este listado ninguna mención al medio ambiente⁸².

36. Además, el Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que la protección del medio ambiente constituye un objetivo de interés general que justifica las restricciones a las libertades económicas fundamentales.⁸³ El TJUE ha validado varios regímenes medioambientales sobre la base de un requisito imperativo de interés general⁸⁴, considerando que el medio ambiente “constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”⁸⁵. Su interpretación se ve corroborada por el derecho primario, quien reconoce ahora la protección del medio ambiente como un valor superior.

37. El análisis de estas lecciones jurisprudenciales muestra que se está produciendo un cambio en la jurisprudencia del TJ que durante demasiado tiempo ha sido favorable a los intereses mercantiles. Esta evolución es necesaria, por una parte, debido a la complejidad de las situaciones a las que se enfrentan los Estados miembros y, por otra, porque es preciso darles un margen de maniobra a la hora de hacer frente a nuevos riesgos sin tener que depender de la lentitud del proceso de toma de decisiones de la Unión.

Así lo ilustran los siguientes extremos.

⁸⁰ STJCE de 4 de diciembre de 2008, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-249/07, Rec. 2008 p. I-174, EU:C:2008:683, apartados 42-43.

⁸¹ STJCE de 25 de enero de 1977, *Bauhuis*, asunto C-46/76, Rec. 1977 p. 5, EU:C:1977:6.

⁸² De Sadeleer, N. (2010). *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*. Bruselas : ULB. pp. 382-387.

⁸³ STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Défense de Brûleurs d’Huiles Usagées (ADBHU)*, asunto C-240/83, Rec. p. I-531, EU:C:1985:59. Sin embargo, este caso no entraba exactamente en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia Cassis de Dijon, ya que el asunto estaba parcialmente cubierto por una directiva de armonización.

⁸⁴ El tribunal nacional parece inclinarse por seguir la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto a los obstáculos a la importación de residuos, véase CE fr, 15 avril 1996, *Freytmuth*, n^{os} 142.020, 142.022 et 142.053, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Piveteau in *AJDA*, 1996, p. 440.

⁸⁵ Véanse, a título ilustrativo, las siguientes sentencias : STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Comisión / Dinamarca*, asunto C-302/86, Rec. 1988 p. 4604, EU:C:1988:421, apartado 9 ; STJCE de 14 de julio de 1998, *Aher Waggon*, asunto C-389/96, Rec. 1998 p. I-4473, EU:C:1998:357; STJCE de 2 de abril de 1998, *Outokumpu*, asunto C-213/96, Rec. 1998 p. I-1777, EU:C:1998:155, apartado 32 ; STJCE de 13 de septiembre de 2005, *Comisión / Consejo*, asunto C-176/03, Rec. 2005 p. I-7879, EU:C:2005:542, apartado 41 ; STJCE de 15 de noviembre de 2005, *Comisión / Austria*, asunto C-320/03, Rec. 2007 p. I-9871, EU:C:2005:684, apartado 72.

En primer lugar se ha cuestionado la conveniencia de excluir de la jurisprudencia del caso *Cassis de Dijon* las medidas ambientales claramente aplicables. La discriminación *de facto* puede ser el resultado de la ventaja natural que tienen los operadores económicos locales sobre sus competidores extranjeros, en particular en lo que respecta a la reutilización de los productos para evitar que se conviertan en residuos⁸⁶. Consciente de la creciente interpenetración de la salud y el medio ambiente y de la dificultad de trazar una línea divisoria entre lo que corresponde al artículo 36 TFUE y lo que constituye una exigencia imperativa, el TJUE ha aceptado en varias ocasiones que las medidas medioambientales claramente aplicables puedan justificarse simultáneamente sobre la base de una exigencia imperativa y de un motivo recogido en el artículo 36 TFUE .

Además, cuando esconde un control axiológico de la proporcionalidad *stricto sensu*, la prueba de necesidad representa un verdadero obstáculo para justificar las medidas nacionales. Además, el uso de esta prueba no está exento de críticas⁸⁷. Se podría criticar al Tribunal de Justicia por no tener la suficiente competencia técnica para comparar, en un ámbito tan complejo como el de la protección del medio ambiente, métodos que son, cuando menos, divergentes en relación con el resultado previsto. ¿Es capaz de compararlos cuando no tiene necesariamente todos los elementos técnicos? ¿Puede censurar al legislador o al administrador cuando ningún conocimiento lo designa como más experto que el sujeto al que controla?

38. Sin embargo, en varias sentencias recientes, el Tribunal de Justicia ha prestado más atención a la eficacia de las medidas nacionales en cuestión, teniendo en cuenta las especificidades de la lucha contra la degradación del medio ambiente y las obligaciones derivadas del derecho internacional. Así, el coste y las dificultades técnicas de la aplicación de las distintas ramas de la alternativa parecen subestimarse mejor. El Tribunal también ha tenido en cuenta la limitada capacidad de las administraciones nacionales para aplicar una normativa cada vez más amplia y compleja.

Por ejemplo, un Estado miembro sólo puede rechazar la inclusión de una especie de animal salvaje en una lista positiva sobre la base de una evaluación exhaustiva del riesgo que supone la posesión de especímenes de la especie. Dada la incertidumbre que rodea al estado de conservación de las especies exóticas, a una administración nacional le resultará muy difícil aportar esas pruebas. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia acepta que cuando sea imposible “determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo previsto debido al carácter insuficiente, no concluyente o impreciso de los resultados de los estudios realizados», el principio de precaución justifica la adopción de medidas restrictivas para contrarrestar «la aparición de daños reales para la salud o el medio ambiente»⁸⁸. De este modo, la lista positiva de especies que pueden tener los particulares, que limita la libre circulación de mercancías en el mercado interior, puede incluir especies respecto de las cuales los científicos no han comunicado todas las pruebas de la amenaza que se cierne sobre ellas.

39. Además, las medidas que se consideran más estrictas que las otras ramas de la alternativa pueden estar justificadas por la eficacia de los controles que deben realizar las autoridades descentralizadas. En efecto, el principio de libre circulación no debe llevar a la autoridad nacional a tener que aplicar una medida alternativa que quedará en papel mojado por ser inaplicable o demasiado costosa. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido recientemente la posibilidad de adoptar «normas generales que son, por una parte, necesarias debido a las circunstancias geográficas particulares del Estado miembro de que se trate y, por otra, fácilmente administrables y controlables por las autoridades nacionales» cuando se trata de limitar o prohibir la utilización de un producto nocivo para el medio ambiente⁸⁹. De

⁸⁶ STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Comisión / Alemania*, asunto C- 463/01, *Rec.* 2004 p. I-11705, EU:C:2004:797, apartado 77 ; STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Radlberger y Spitz*, asunto C-309/02, *Rec.* 2004 p. I-11763, EU:C:2004:799.

⁸⁷ *Ibid.* pp. 399-412.

⁸⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers y Andibel*, asunto C-219/07, *Rec.* 2008 p. I-4475, EU:C:2008:353, apartados 37-38 ; STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Comisión / Bélgica*, asunto C-100/08, *Rec.* 2009 p. I-140, EU:C:2009:537, apartado 102; STJCE de 2 de diciembre de 2004, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-41/02, *Rec.* 2004 p. I-11375, EU:C:2004:762.

⁸⁹ STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión / Italia*, asunto C-110/05, *Rec.* 2009 p. I-519, EU:C:2009:66, apartado 67; STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson y Joakim Roos*, asunto C-142/05, *Rec.* 2009 p. I-4273, EU:C:2009:336, apartado 36.

hecho, es más fácil para las autoridades nacionales aplicar un régimen de prohibición generalizado (mitigado, si es necesario, por mecanismos de excepción) que aplicar un mosaico de regímenes particulares.

En nuestra opinión, cuando el legislador de la Unión no es capaz de determinar un umbral de protección común para los veintisiete Estados miembros, el Tribunal de Justicia no tiene que sustituir la ponderación de intereses realizada por las autoridades nacionales por la suya propia.

40. Por último, corresponde al Estado miembro demostrar, mediante pruebas científicas, la adecuación y la necesidad del obstáculo a la libre circulación de mercancías. Además, este riesgo debe evaluarse mediante una «evaluación en profundidad»⁹⁰. Sin embargo, en un mundo incierto, a los Estados no siempre les resulta fácil reunir pruebas que establezcan con certeza el vínculo causal entre la sustancia de riesgo y el presunto daño. No obstante, el Tribunal ha aceptado que los Estados miembros puedan invocar el principio de precaución, consagrado en el artículo 191, apartado 1, del TFUE. Así, la prohibición del tricloroetileno químico prevalece sobre la otra rama de la alternativa defendida por la Comisión Europea, es decir, la adopción de umbrales de exposición con el objetivo de reducir el riesgo de cáncer entre los trabajadores. A este respecto, las dificultades inherentes (incertidumbre científica) para establecer los umbrales de exposición subrayan los límites en términos de eficacia de la otra alternativa posible⁹¹. Por el contrario, el hecho de que la prohibición de comercialización (establecida por las autoridades suecas) reduzca el número de usuarios y fomente los sustitutos subraya su necesidad. En la medida en que mejoraba la protección de los trabajadores teniendo en cuenta las exigencias de continuidad de las empresas, el Tribunal concluyó que el régimen sueco era adecuado y proporcionado. La medida prohibitiva controvertida se considero tanto más conforme con el principio de proporcionalidad cuanto que la “concesión de una exención está supeditada a la condición de que no exista un producto sustitutivo menos peligroso y a la obligación de que el demandante busque en el futuro una solución alternativa menos nociva para la salud pública y el medio ambiente”⁹². Aplicado implícitamente en este caso, el principio de precaución enriquece el principio de proporcionalidad, ya que contribuye, en la ponderación de intereses, a clarificar las cuestiones medioambientales en un contexto de incertidumbre.

VI. Conclusiones

41. La política ambiental europea oscila entre los regímenes centralizados relativos a la comercialización de productos y sustancias de riesgo y una política descentralizada en la que se muestran claramente las preferencias estatales en materia de regulación. La armonización es, por tanto, de varias velocidades. De este modo, hoy en día es posible que un industrial explote una misma instalación en distintos países aunque la reglamentación sobre esta tecnología pueda variar de uno a otro, ya que corresponde a las autoridades evaluar si sus costes son excesivos, mientras que la comercialización de un coche o un tractor exige el cumplimiento de normas de emisión comunes a todos los Estados miembros.

También hemos visto que las medidas medioambientales, ya sean adoptadas por la Unión o por los Estados miembros, no deben socavar las libertades económicas consagradas en el derecho originario. La interacción entre las medidas de protección del medio ambiente y la libertad de circulación de mercancías es antagónica. Además, los conflictos no sólo surgen entre el derecho originario y el nacional. El derecho derivado también puede acudir en auxilio de los operadores económicos que desafían las medidas nacionales de protección del medio ambiente. Por ejemplo, de acuerdo con la Directiva de Envases y Residuos de Envases, el Estado alemán ha promovido la reutilización de botellas, lo que le ha hecho entrar en conflicto con una directiva que obliga a los productores de agua mineral a embotellar

⁹⁰ STJCE de 2 de diciembre de 2004, *Comisión / Países Bajos*, asunto C-41/02, Rec. 2004 p. I-11375, EU:C:2004:762, apartado 54.

⁹¹ STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, Rec. 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartado 45. Sobre la imposibilidad de determinar un umbral de exposición a causa de las deficiencias científicas, véase también la STJCE de 5 de febrero de 1981, *Eyssen*, asunto C-53/80, Rec., p. 409, EU:C:1981:35.

⁹² STJCE de 11 de julio de 2000, *Toolex*, asunto C-473/98, Rec. 2000 p. I-5681, EU:C:2000:379, apartados 46-47.

su agua en origen⁹³. Igualmente, la “circunstancia de que existan itinerarios alternativos u otros medios de transporte que posibiliten el transporte de las mercancías” transportados por vehículos pesados cuyas emisiones contaminantes superan los objetivos de calidad del aire en Austria “no excluye la existencia de un obstáculo”⁹⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta el reequilibrio de los objetivos que persiguen los tratados, es preciso reconocer que el derecho del mercado interior no debe prevalecer sobre el derecho medioambiental. La conciliación tiene que ser apropiada. En efecto, para garantizar la libre circulación de bienes y servicios, es preferible armonizar veintisiete normativas dispares. Si los requisitos del derecho originario se aplican correctamente, el nivel general de protección se verá reforzado.

42. Pero nuestro argumento no termina aquí. El medio ambiente se ha convertido en una cuestión económica de primer orden. La UE es el mayor actor económico del mundo: debido a su riqueza, su huella ecológica es innegable. Además, su crecimiento económico depende de la importación de recursos naturales, desde el petróleo hasta las tierras raras, que se obtienen fuera de Europa, dependencia esta que agrava nuestra vulnerabilidad económica. Así, la ruptura del vínculo entre el crecimiento económico y la presión ambiental, tal y como defienden las instituciones de la UE, aspira a liberar a la Unión de su situación de dependencia en cuanto a la importación de materias primas y energías fósiles, actualmente al alza. La economía del reciclaje y de los recursos energéticos producidos a partir de fuentes renovables es ahora una cuestión tanto medioambiental como económica.

43. Finalmente, con el Pacto Verde Europeo, la Unión Europea contempla una de las mayores reformas legislativas de su historia.

Es cierto que las normas más estrictas sobre emisiones de gases de efecto invernadero y contaminantes de los vehículos de motor, que se adoptarán como resultado del Pacto Verde conducirán a una mayor centralización, ya que la armonización es máxima.

Una mejor protección de los ecosistemas parece esencial para limitar los efectos del cambio climático. Tanto el Pacto Verde como el “Objetivo 55” insisten en esta dimensión complementaria. Sin embargo, los aspectos relacionados con los ecosistemas dependen más de la adopción de nuevas directivas que de la mejora de las existentes. Entre ellas se encuentran medidas más estrictas para la protección de la naturaleza, la protección de los bosques y la protección de las aguas. En este caso, el legislador de la UE recurre a directivas en lugar de a reglamentos, lo que no hace sino acentuar las fuerzas centrífugas.

Por lo tanto, para lograr la neutralidad climática en 2050, la Unión Europea tendrá que desarrollar enfoques centrípetos para las normas de los productos y enfoques centrífugos para la protección y la resiliencia de los ecosistemas. En conclusión, las decisiones estratégicas adoptadas por los autores de los tratados fundacionales tienen consecuencias directas y muy concretas en las medidas de armonización previstas.

⁹³ STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Comisión / Alemania*, asunto C- 463/01, *Rec.* 2004 p. I-11705, EU:C:2004:797, apartado 77 ; STJCE de 14 de diciembre de 2004, *Radlberger y Spitz*, asunto C-309/02, *Rec.* 2004 p. I-11763, EU:C:2004:799.

⁹⁴ STJCE de 15 de noviembre de 2005, *Comisión / Austria*, asunto C-320/03, *Rec.* 2007 p. I-9871, EU:C:2005:684, apartados 66-67. En efecto, al obligar a las empresas de transporte « a buscar (...) soluciones alternativas rentables para el transporte de las mercancías», el Estado miembro puede limitar las posibilidades de intercambios entre Europa septentrional y el norte de Italia. (Ibid. apartado 68).

DERECHO DE LA COMPETENCIA VS. PRIVACIDAD: ¿EL GRAN DILEMA EN LOS NUEVOS MERCADOS DIGITALES?

ANTITRUST VS. PRIVACY: THE GREAT DILEMMA IN THE NEW DIGITAL MARKETS?

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Villanueva*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

ALBA RIBERA MARTÍNEZ

*Doctoranda en Derecho de la Competencia
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-9152-0030

Recibido: 27.12.2021 / Aceptado: 12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6682>

Resumen: La digitalización de los modelos empresariales existentes y la nueva forma de hacer negocios de las plataformas digitales plantean nuevos retos tanto en la actuación de las empresas en el mercado como en la vida de los consumidores y usuarios. Las empresas digitales dominantes son todas estadounidenses (Google, Facebook, Amazon y Apple), y sus prácticas parece que lesionan la libre competencia en los mercados. Este fenómeno plantea el reto de cómo afrontar la regulación del Big Data, al que hasta ahora no se ha dado una respuesta del todo satisfactoria. En este trabajo se analiza también el contenido constitucional de la privacidad y su importancia en el marco de los análisis de competencia realizados a ambos lados del Atlántico.

Palabras clave: Big Data, privacidad, mercados digitales, antitrust.

Abstract: The digitisation of existing business models and the new way of doing business of digital platforms pose new challenges both to the performance of companies in the market and to the lives of consumers and users. The dominant digital companies are all American (Google, Facebook, Amazon, and Apple), and their practices appear to harm free competition in the markets. This phenomenon raises the challenge of how to deal with the regulation of Big Data, to which so far there has not been an entirely satisfactory response. This paper also analyses the constitutional content of privacy and its importance in the framework of competition analyses carried out on both sides of the Atlantic.

Keywords: Big Data, privacy, digital markets, antitrust.

Sumario: I. Introducción. II. Explotación del Big Data vs. derecho a la privacidad. 1. Caracterización del fenómeno. 2. “Gratuidad” para el usuario, ingente beneficio para la plataforma. 3. Enfoque desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales. III. Regulación e intervención administrativa en los mercados digitales. 1. La protección de los datos a partir del RGPD. 2. ¿Regulación ex ante o intervención ex post? 3. Herramientas y dificultades del Derecho de la Competencia. IV. Las autoridades de competencia ante el Big Data. 1. La operación de concentración *Google/Fitbit*. 2. El caso *Bundeskartellamt c. Facebook*. A) La decisión de la autoridad de competencia alemana.

B) Suspensión de la decisión en primera instancia. C) Pronunciamiento sobre la decisión en segunda instancia. 3. La perspectiva estadounidense. A) El DOJ (y otros estados) c. Google. B) La FTC c. Facebook: un viaje de ida y vuelta. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En el pasado mes de marzo de 2021 el Parlamento Europeo emitió su informe sobre la Estrategia Europea de Datos¹², en el que se señala que los datos se han convertido en un nuevo activo económico, que ya es un requisito para asegurar la viabilidad y competitividad de las empresas. A partir de esta premisa, este informe señala la necesidad de una regulación en esta materia, con el fin de conformar a nivel comunitario una sociedad de los datos, acorde con los derechos y valores de la Unión Europea (UE).

2. Más adelante, el informe señala que para aprovechar todo el potencial de la *Data-driven economy*, la futura legislación en esta materia debe diseñarse para facilitar el desarrollo tecnológico, la innovación, el libre acceso a los datos, así como su interoperabilidad, respetando en todo caso los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y es que, en efecto, en los últimos 15 años las empresas líderes mundiales han dejado de ser aquellas multinacionales proveedoras de bienes y servicios tradicionales³ para dar paso a empresas pertenecientes al mundo digital, que en su mayoría son plataformas digitales (básicamente, las omnicomprendivas *Google, Amazon, Facebook y Apple* a las que se suele aludir bajo el acrónimo *GAFAM*).

3. Este cambio ha planteado la exigencia de que la Administración Pública, en alguna de sus formas, intervenga en estos mercados, siendo posible dicha intervención regulatoria tanto a nivel nacional como en sede de organismos comunitarios e internacionales. Frente a este reto, caben dos posibles líneas de actuación: por una parte, la regulación económica *ex ante* de los mercados y, por otra, los instrumentos *ex post* propios de la normativa de Derecho de la Competencia, ambos como límite a la libertad de empresa de los operadores de estas plataformas digitales. Todo ello desde la duda, todavía no resuelta (ha sido acertadamente caracterizada como el *antitrust privacy dilemma*⁴), de hasta qué punto las consideraciones sobre privacidad han de integrarse en el Derecho de la competencia⁵; el efecto de las normas de protección de datos sobre la competencia; y, las teorías del daño basadas en la protección de la privacidad⁶.

4. En este marco, se plantea la cuestión de si ambas herramientas -puestas en común- atienden suficientemente a los retos planteados por el mundo digital, sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales tales como el derecho a la protección de datos reconocido en el ámbito de la UE en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), y en el ámbito nacional en el art. 18.4 de la Constitución Española (CE). En efecto, si algún rasgo podemos decir que caracteriza los tiempos que estamos viviendo, es nuestra creciente sensibilidad hacia nuestros datos personales, y la consiguiente exigencia de que existan leyes e instituciones encargadas de velar por su correcto uso, aparejada de la debida protección de nuestra privacidad.

5. Por lo que se refiere a la regulación de materias relacionadas con estas plataformas digitales, en el ámbito de la Unión Europea se ha visto reflejada en la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas

¹ Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217(INI)).

² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European strategy for data (COM/2020/66 final).

³ Naciones Unidas, Cuestiones de competencia en la economía digital, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2009, disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_es.pdf.

⁴ C. CARUGATI, "The Antitrust Privacy Dilemma", *SSRN*, noviembre de 2021, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3968829>.

⁵ F. COSTA-CABRAL. Y O. LYNKEY, "Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law", *Common Market Law Review*, 54 (1), 2017, pp. 11-50.

⁶ M. BOTTA Y K. WIEDEMANN, "The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64(3), 2019, pp. 428-446.

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 (en adelante RGPD)⁷.

6. En España, la transposición del RGPD provocó un proceso de “actualización” de la normativa en materia de protección de los datos personales, que culminó con la promulgación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD en adelante)⁸. El pasado mes de julio de 2021 se ha vuelto a dar un paso más en esta materia con la aprobación de una Carta de Derechos Digitales a nivel nacional⁹.

7. En paralelo a estos avances que se están produciendo en sede de protección de datos, la acumulación de información por parte de las *GAFAs* -y no solo- como un recurso más puesto al servicio de la maximización de sus beneficios, a la que nos referiremos en adelante como el fenómeno del *Big Data*, ha desencadenado una profunda reflexión sobre el papel de la Administración, de las autoridades de competencia y de las propias autoridades de protección de datos, que expondremos a continuación.

8. El modelo de negocio impulsado por las plataformas digitales propugna lo que podríamos llamar la “cuasi-apropiación” de cantidades ingentes de datos personales de los ciudadanos/usuarios, que posteriormente se monetizan a partir de su uso con fines publicitarios.

9. En este trabajo vamos a explorar cuál es la regulación existente del *Big Data* en relación con la protección del derecho a la protección de datos personales, cuya protección radica de su protección en el rango constitucional a partir de la propia Constitución Española y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Paralelamente, también abordaremos los aspectos relativos a la privacidad, que es un concepto más amplio y no tan apegado exclusivamente a la persona, en relación con los pasos que se están dando en el ámbito de su regulación¹⁰.

10. También expondremos las posibilidades que el Derecho de la Competencia ofrece, que tienen hacia un análisis holístico de los asuntos que se le plantean. En concreto, atenderemos a la reciente operación *Google/Fitbit*, que ha vuelto a poner sobre la mesa a nivel mundial el debate en torno al *Big Data* en el ámbito *antitrust*, y su posible interrelación con otras disciplinas, de la forma que también lo hicieron otras adquisiciones igualmente mediáticas, tales como *Facebook/WhatsApp* o *Google/Facebook* tanto a un lado del Atlántico como al otro.

11. A estos efectos, analizaremos si el análisis *antitrust*, encargado de velar por el mantenimiento de un mercado competitivo y de proteger a los consumidores, es suficientemente versátil para adaptarse a estas nuevas realidades, o si debe actualizarse. Ante las insuficiencias que el Derecho de la Competencia ha presentado hasta ahora, tras varios años de trabajos preparatorios, consultas y documentos de trabajo, el 15 de diciembre de 2020 la Comisión Europea presentó dos propuestas de Reglamentos - la *Digital Markets Act*¹¹ (en adelante DMA) y la *Digital Services Act*¹² (en adelante DSA)- que pretenden reconfigurar la realidad de los servicios y mercados digitales¹³ en la UE de los próximos años.

⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) *DOUE* L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOE* de 6 de diciembre de 2018.

⁹ Disponible en la web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital: https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/210714_np_Carta-.aspx.

¹⁰ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31.

¹¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), Bruselas, 15 de diciembre de 2020, COM (2020) 842 final.

¹² 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 notifica la Directiva 2000/31/CE, Bruselas, 15 de diciembre de 2020, COM (2020) 825 final.

¹³ F. DÍEZ ESTELLA, “Digital Platforms and Competition Law: the new Digital Markets Act”, *EULawLive*, Weekend Edition

Por ahora, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo ya ha emitido su informe sobre ambas propuestas¹⁴. Mientras que el Parlamento Europeo ya ha dado luz verde al Consejo para comenzar las negociaciones con los Estados miembros respecto de la propuesta de DMA, la propuesta de DSA solamente ha superado el trámite de la Comisión de Mercado Interior¹⁵.

12. Esta propuesta, no exenta de polémica¹⁶, parte del supuesto de que las grandes plataformas en línea (aunque en ningún momento del texto las menciona es evidente que está pensando en las *GAFAs*) actúan como «*gatekeepers*»¹⁷ (guardianes de acceso, en castellano) en los mercados digitales. Frente a ello, se instituye un control *ex ante* frente a su comportamiento en el mercado para garantizar que se comportan de manera leal y equitativa teniendo en cuenta su predominancia en el mercado.

13. Tanto la DMA como la DSA forman parte del *Digital Services Act package*, que es uno de los ejes de la Estrategia Digital Europea. Esta estrategia, presentada oficialmente en febrero de 2020, tiene como objetivo conformar «una sociedad europea impulsada por soluciones digitales que sitúan en el lugar preferente a las personas, abre nuevas oportunidades para las empresas y da impulso al desarrollo de una tecnología fiable que fomente una sociedad abierta y democrática y una economía dinámica y sostenible»¹⁸. Para ello se presentan dos documentos básicos: la Estrategia Europea de Datos mencionada anteriormente y las opciones estratégicas destinadas a garantizar un desarrollo de la inteligencia artificial centrado en el ser humano¹⁹, que se va a incorporar a la regulación a nivel comunitario a través de la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial presentada por la Comisión Europea el pasado 21 de abril de 2021²⁰.

14. Así pues, podemos ver que la política impulsada por las autoridades de protección de datos y el Derecho *antitrust* están llamados a jugar un papel muy relevante en la configuración no sólo de los mercados europeos y nacionales, sino también de la sociedad en su conjunto. La gran pregunta, sobre la que todavía no se ha llegado a una respuesta unívoca, es si ambos instrumentos han de articularse por separado o de forma complementaria.

15. Esta será, precisamente, la pregunta a la que se tratará de dar respuesta en este trabajo, y se ilustrará a partir de dos casos emblemáticos, que han puesto de manifiesto la dificultad de encontrar una solución fácil y rápida a este problema: por un lado, el caso *Bundeskartellamt c. Facebook*, impulsado por la autoridad de competencia alemana; por otro, la operación de concentración empresarial *Google/Fitbit*, analizada a nivel comunitario. También realizaremos un breve comentario a los casos *Google y Facebook* que se están desarrollando al otro lado del Atlántico, a raíz del nuevo impulso que el Derecho

nº42, diciembre 2020, pp. 6-19; P. IBAÑEZ COLOMO, “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, febrero 2021, pp. 561-575

¹⁴ COMMITTEE OF THE INTERNAL MARKET AND CONSUMER PROTECTION, *Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM (2020) 0842; European Parliament- Press Release: “Digital Services Act: a safer online space for users, stricter rules for platforms”, 14 de diciembre de 2021.

¹⁵ European Parliament – Press Release: “Digital Markets Act: Parliament ready to start negotiations with Council”, 15 de diciembre de 2021.

¹⁶ Es particularmente acertado el análisis crítico que lleva a cabo, en fechas muy recientes: AKMAN, P., “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, *European Law Review* (forthcoming, 2020).

¹⁷ D. GERADIN, “What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?”, *SSRN*, febrero 2021, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152.

¹⁸ Comisión Europea - Comunicado de prensa: “Dar forma al futuro digital de Europa: la Comisión presenta sus estrategias en relación con los datos y la inteligencia artificial”, Bruselas, 19 de febrero de 2020, IP/20/273.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, COM (2020) 65 final,

²⁰ 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, Bruselas, 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final.

de la Competencia ha adquirido sobre todo en EE. UU en el último año, a partir de la Orden Ejecutiva emitida por el presidente Biden el 9 de julio de 2021²¹.

16. Siguiendo un esquema lineal, definiremos el fenómeno del *Big Data* y señalaremos las características de las plataformas digitales relevantes de cara a la consideración de esta materia, así como su necesaria puesta en común con la protección de los datos personales (epígrafe II). Partiendo de lo anterior, apuntaremos las soluciones que ya se han dado hasta ahora en el ámbito del Derecho regulatorio y la posibilidad de su interacción con el Derecho de la competencia (epígrafe III). Así mismo, destacaremos aquellas operaciones que en el ámbito antitrust han tenido una mayor relevancia, con el fin de extrapolar esas mismas consideraciones a un ámbito más amplio (epígrafe IV). Finalmente, se ofrece un apartado de conclusiones (epígrafe V).

II. Explotación del Big Data vs. derecho a la Privacidad

1. Caracterización del Big Data

17. Las autoridades de competencia y las autoridades de protección de datos han detectado las sinergias existentes entre el interés en proteger los datos de los consumidores -especialmente personales- y de la tensión competitiva en los mercados como consecuencia de la generación del *Big Data* a nivel global²².

18. Tal y como expusieron las autoridades alemana y francesa en 2016, el fenómeno del *Big Data* semánticamente procede de la importancia de los datos no solo en las plataformas digitales sino también en todas aquellas empresas presentes en el sector digital (la mayoría), e incluso en la toma de decisiones de los Gobiernos²³. No obstante, es verdad que son las plataformas puramente digitales las que han centrado su modelo de negocio sobre la base de la captación y utilización intensiva de datos²⁴.

19. El *Big Data* está compuesto por flujos de información procedentes de una gran cantidad de fuentes de datos, que van desde los datos personales producidos por los usuarios en línea, directa o indirectamente, hasta aquellos que conciernen los aspectos del mundo real, como por ejemplo la geolocalización del usuario en el mundo físico. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define el *Big Data* como un «*patrimonio informativo caracterizado por un Volumen, Velocidad y Variedad tan elevados que requieren tecnologías específicas y procedimientos de análisis para su transformación en valor*»²⁵.

20. Esta definición se basa en el modelo de las «3V» teorizado por Douglas Laney que describe las principales características del *Big Data*: *Volumen, Velocidad y Variedad*²⁶, acogida por gran parte

²¹ Presidential Actions (Joseph R. Biden JR.) – Briefing Room: “Executive Order on Promoting Competition in the American Economy”, Washington, 9 de julio de 2021.

²² COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31. (p. 3).

²³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE Y BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 10 de mayo de 2016, pp. 1-54 (pp. 4-5); I. ANTÓN JUÁREZ, “Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, pp. 42-69 (p. 44).

²⁴ R. ALLENDESALAZAR, “Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones”, *Anuario de Derecho De La Competencia*, 2020, noviembre de 2020, pp. 1-38 (p. 6).

²⁵ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS (COMPETITION COMMITTEE), *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, 27 de octubre de 2016, DAF/COMP(2016)14. La OCDE retoma la definición adoptada en A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, “A formal definition of Big Data based in its essential features”, *Library Review*, Vol. 65 (3), marzo 2017, pp. 122-135.

²⁶ D. LANEY, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety”, Meta Group (Gartners Blog post), febrero 2001.

de la doctrina²⁷. Por tanto, el *Big Data* supone la recopilación masiva de datos procedentes de distintas fuentes y tipos, almacenados y procesados adecuadamente a una gran velocidad. Esta práctica de recopilación, almacenamiento y tratamiento de datos no es especialmente innovadora, puesto que en los mercados tradicionalmente se han venido procesando estos mismos datos mediante estudios de mercado y muestreos con una finalidad meramente publicitaria²⁸. No obstante, lo que es insólito es la velocidad tanto con la que se generan esos datos por parte de los usuarios como la capacidad de respuesta y procesamiento de los algoritmos a los que se incorporan.

21. La característica más importante y también más discutida, que constituye la cuarta “V” del *Big Data*, es su valor, es decir, la capacidad de extraer y transformar estos datos en información económicamente útil casi en tiempo real. Una vez recopilados los datos, estos no otorgan ventaja a aquel que los ha obtenido y no suponen *a priori* amenaza alguna ni para el consumidor ni para la sociedad en general. Desde la perspectiva puramente económica, la obtención indiscriminada de datos personales no supone un valor añadido *per se* a la empresa²⁹. Algunos autores, tomando la comparación con el proceso productivo, designan a estos datos como el *raw data*³⁰.

22. Así, LAMBRECHT Y TUCKER han señalado que «*para que se pueda generar una ventaja competitiva significativa, los competidores deben ser completamente incapaces de duplicar los beneficios obtenidos por esta misma estrategia*»³¹. Según sostienen, existen escasas barreras a la entrada en el mercado de los datos. Los datos almacenados por una empresa son replicables y pueden perder su valor rápidamente. En cambio, aquellos datos que son especialmente valiosos son los datos agregados y actualizados³².

23. En sentido ligeramente opuesto, otros autores sostienen que el *Big Data*, especialmente aquel que contiene tendencias de consumo, es susceptible de ser reutilizado a un coste marginal reducido, y como tal se trata de un activo no despreciable. En los mercados puramente digitales prevalece el enfoque de capacidades, es decir, las empresas que lo componen deben adaptarse constantemente a los cambios que se producen en él (por ejemplo, frente a la entrada de un nuevo competidor en el mercado)³³.

24. Por tanto, las barreras de entrada y acceso a este tipo de mercados digitales no se identifican tanto por su falta de replicabilidad sino la escala a la que se utilizan. Como es lógico, le resultará más fácil replicar los datos de sus competidores e incluso conformar sus propias bases de datos a aquellas empresas con mayores economías de escala y alcance y, con una mayor capacidad de inversión inicial frente a los nuevos entrantes que se verán obligados a invertir en lo que, en principio, serán costes hundidos en datos³⁴.

²⁷ OCDE, “Exploring Data-driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by “Big Data””, *OECD Digital Economy Papers*, No. 222, junio 2013, pp. 1-44 (pp. 11-12).

²⁸ I. ANTÓN JUÁREZ, “Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, pp. 42-69 (pp. 52-53).

²⁹ D.D. SOKOL Y R. COMERFORD, “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review*, 119 (23), septiembre 2016, pp. 1129-1161 (pp. 1135-1140).

³⁰ J.A. CASTILLO PARRILLAS, “Economía digital y datos entendidos como bienes”, en I.L. MARTENS JIMÉNEZ Y A. M. PASTOR GARCÍA (Coord.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, Reus Editorial, 2019, pp. 279-301 (pp. 284-288).

³¹ A. LAMBRECHT Y C.E. TUCKER, “Can Big Data protect a firm from competition?”, *SSRN*, diciembre 2015, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2705530>.

³² D.D. SOKOL Y R. COMERFORD, “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review*, 119 (23), septiembre 2016, pp. 1129-1161 (pp. 1135-1140).

³³ N. PETIT Y D.J. TEECE, “Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition”, *Industrial and Corporate Change*, marzo 2021, pp. 1-31 (pp. 20-31).

³⁴ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31. (p. 11-12); M. GAL Y O. AVIV, “The Competitive Effects of the GDPR”, *Journal of Competition Law and Economics*, forthcoming 2020, pp.1-37 (pp. 7-11)..

25. Sin perjuicio de estas discusiones doctrinales, estos datos resultan valiosos por cuanto pueden ser utilizados eficiente y rápidamente para refinar y predecir el comportamiento humano con fines comerciales a partir de las interacciones de los usuarios en línea³⁵. De esta forma, son susceptibles de ser tratados como un *input* más en el proceso productivo, por ejemplo, para acelerar los procesos de I+d dentro de la empresa³⁶.

26. Los datos a los que aludimos no solo son los datos personales facilitados de forma voluntaria y consciente por el usuario, como lo es por ejemplo su fecha de nacimiento o sexo cuando se registrar en una plataforma digital³⁷. Las empresas también almacenan aquellos datos que proceden de la “huella digital” que el usuario genera en la propia plataforma (por ejemplo, a través de sus *likes* en Instagram) o en páginas terceras no necesariamente relacionadas con la plataforma digital concreta³⁸. Por tanto, el *Big Data* también está integrado por datos no personales, seudonimizados o anonimizados³⁹.

27. El ciudadano medio cada día, aún sin hacerlo conscientemente, genera a través del mero acceso a Internet, toda una serie de datos que pueden integrarse en sistemas de IA a una velocidad creciente. En 2014, ya se estimó que en 2020 el almacenamiento digital de datos en línea alcanzara 44 ZB (Zettabytes⁴⁰), mientras que en 2009 esta cifra solamente era de 5 ZB⁴¹.

28. Todos estos datos, recopilados y puestos en común, permiten que los sistemas de inteligencia artificial reproduzcan el comportamiento humano de forma automatizada (en adelante IA). Estos sistemas de IA tienen distintas variantes, de forma que algunos pueden deducir patrones y tendencias de consumo a partir de los datos que los alimentan (*machine learning*) mientras que otros podrán razonar y sacar sus propias conclusiones imitando la capacidad de raciocinio humana (*deep learning*).

29. Algunos autores insisten en que incluso el modelo de negocio basado exclusivamente en el *Big Data* ya habría quedado superado actualmente por aquel más bien centrado en la optimización de los sistemas de IA⁴². Buena muestra de ello es el paso hacia adelante que ha tomado *Meta* (antiguo *Facebook*) a través de la presentación de su proyecto de metaverso⁴³. Las plataformas digitales han traído consigo, por tanto, la posibilidad de que los operadores en el mercado obtengan una ventaja competitiva en el mercado incorporando el *Big Data* en su propia actividad o incluso permitiéndoles que los puedan vender a terceros (*brókers*)⁴⁴.

³⁵ A. KRZEPICKI, J. WRIGHT Y J. YUN, “The Impulse to Condemn the Strange: Assessing Big Data in Antitrust”, *CPI Antitrust Chronicle*, 2(2) febrero 2020, pp. 16-20 (pp. 18-20); DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS (COMPETITION COMMITTEE), *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, 27 de octubre de 2016, DAF/COMP(2016)14 (pp. 7-8).

³⁶ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS (COMPETITION COMMITTEE), *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, 27 de octubre de 2016, DAF/COMP(2016)14 (pp. 7-15); OCDE, “Exploring Data-driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by “Big Data””, *OECD Digital Economy Papers*, No. 222, junio 2013, pp. 1-44 (pp. 12-13); D.D. SOKOL Y R. COMERFORD, “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review*, 119 (23), septiembre 2016, pp. 1129-1161 (pp. 1133-1140);

³⁷ T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Cap. 1. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 21- 87 (pp. 35 y 36).

³⁸ I. ANTÓN JUÁREZ, “Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, pp. 42-69 (p. 42); COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31 (p. 11).

³⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (p. 9).

⁴⁰ Este concepto denota una unidad de almacenamiento de información que equivale a 10²¹ bytes.

⁴¹ INTERNATIONAL DATA CORPORATION, “The Digital Universe of Opportunities”, *Needham: International Data Corporation Journal*, abril 2014, pp. 1-17 (p. 3).

⁴² R. ALLENDESALAZAR, “Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones”, *Anuario de Derecho De La Competencia*, 2020, noviembre de 2020, pp. 1-38 (p. 11-15).

⁴³ Meta- Newsroom: “Introducing Meta: A Social Technology Company”, octubre de 2021.

⁴⁴ I. ANTÓN JUÁREZ, “Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 2021, pp. 42-69 (p. 44).

30. Frente a esta descripción, aquello que está preocupando más a autoridades de competencia y de protección de datos sobre el *Big Data* precisamente es su contenido. Hoy en día, un estudio ya demuestra que es posible identificar al 87% de la población de EE. UU a partir de su código postal, fecha de nacimiento y sexo, datos que nos podrían parecer a primera vista como “inofensivos”⁴⁵. Por tanto, las plataformas digitales pueden no solo identificar a segmentos o grupos de interés a los que dirigir su actividad de marketing y publicidad, sino también captar y dirigirse directamente a individuos con perfiles concretos con estos mismos fines (lo que se conoce en el sector del marketing como *profiling*⁴⁶).

31. De esta forma, los operadores pueden dirigirse fácilmente a sus usuarios porque pueden inferir sus hábitos de consumo y preferencias a partir de los datos obtenidos de otros usuarios con perfiles de consumo similares. Así, se pueden producir decisiones de negocio en el *scoring* bancario o en el análisis de riesgos que se realiza para la contratación de un seguro con base en datos que ni siquiera se han aportado por el propio usuario⁴⁷. Además, nos podemos encontrar con la situación en la que estas mismas herramientas induzcan artificialmente al consumo de determinados productos al usuario según la identidad y perfil definidos que se han cotejado a partir de sus interacciones en línea⁴⁸.

32. Por el propio funcionamiento de “caja negra”⁴⁹ de este fenómeno, no podemos saber con certeza si realmente los datos personales que los usuarios facilitan a las plataformas digitales serán utilizados en su contra -traducidas en estrategias comerciales agresivas- o si, por el contrario, se enjugarán en un océano de información del que difícilmente podrán ser extraídos una vez incorporados a estos sistemas de IA. Lo que sabemos es que, en la actualidad, tanto las plataformas digitales como empresas de otros sectores, tienen acceso a estos datos, y pueden (aunque no deberían) utilizarlos para fines completamente distintos a aquellos que motivaron su transferencia en primer lugar⁵⁰.

2. Gratuidad para el usuario, ingente beneficio para la plataforma

33. Los usuarios de las grandes plataformas digitales disfrutan de sus servicios gratuitamente⁵¹. A cambio, estas plataformas multilaterales se retroalimentan en función del número de usuarios presentes en ellas. Es decir, cuanto mayor es el número de usuarios en uno de sus lados (por ejemplo, usuarios de *Facebook*), también mayor es el atractivo para los usuarios del otro lado de la plataforma (siguiendo el ejemplo, anunciantes en *Facebook*).

34. Además, a mayor número de usuarios, mayor número de datos que quedarán a disposición de las plataformas para incorporarse y refinar los algoritmos y sistemas de IA que, utilizados eficiente-

⁴⁵ J.S. DAVIS II, Y O.A. OSOBA, “Privacy Preservation in the Age of Big Data” *RAND Corporation*, enero 2016, disponible en https://www.rand.org/pubs/working_papers/WR1161.html.

⁴⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (p. 10).

⁴⁷ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Cap. 11. Inteligencia artificial, Derecho y derechos fundamentales”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS (Coord.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 259-279 (pp. 264 a 267).

⁴⁸ J.L. PIÑAR MAÑAS, “Capítulo 3. Identidad y persona en la sociedad digital”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 95-113 (pp. 101 a 103).

⁴⁹ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Cap. 11. Inteligencia artificial, Derecho y derechos fundamentales”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS (Coord.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 259-279 (pp. 262 a 264).

⁵⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (p. 9).

⁵¹ Naturalmente, esta gratuidad no es tal, sólo aparente, y por ello pagan un elevado precio, no monetario, pero sí en términos de sus datos personales; *Vid.*, sobre esta cuestión: H. JENKINS, D. JEVONS, Y A. MELL, “Competing For Free”, *CPI Antitrust Chronicle*, September 2021, 2021, pp. 1-8 (pp. 2 a 7); M. GAL Y D.L. RUBINFELD, “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”, *NYU Center for Law, Economics and Organization*, Law & Economics Research Paper Series Working Paper n° 14-44, enero 2015, pp. 1-59.

mente, producirán unos resultados más relevantes, focalizados y pertinentes⁵² para predecir las tendencias de consumo que se pueden dar en relación con los servicios prestados por la plataforma (*feedback loop*). Estos efectos de red tradicionalmente generan un interés en los dos lados de la plataforma; esta ofrece el espacio de su plataforma a los anunciantes, de forma que sus usuarios acceden gratuitamente a sus servicios porque están ‘subvencionados’ por las compras que se realizan en el otro lado del mercado.

35. Teniendo en cuenta la consideración del *Big Data* como un *input* más en el proceso productivo, la transacción plataforma-usuario no se realiza a un precio monetario cero, tal y como aparentemente pudiera parecer⁵³. Normalmente, el usuario cae en este equívoco influido por la sensación de gratuidad del servicio y consiente, en muchas ocasiones de forma automática, en facilitar uno de los recursos más valiosos para las plataformas digitales: el acceso a sus datos personales y no personales. En virtud de ello, la plataforma digital recibe un influjo constante de *Big Data* con un elevado valor comercial⁵⁴.

36. Esta relación esencialmente patrimonial entre usuario y plataforma no asegura la privacidad de los datos que se han facilitado, sin perjuicio de que al responsable del tratamiento de datos se le imponen toda una serie de obligaciones para preservar la protección de estos mismos datos⁵⁵.

3. Enfoque desde la perspectiva de los derechos fundamentales

37. Hemos indicado anteriormente que el *Big Data* no solamente contiene datos personales, sino que también puede contar datos no personales. Dentro de esta misma concepción se mueve la consideración de la privacidad del individuo, en cuya esfera más amplia encontramos el derecho a la protección de datos personales. El derecho a la protección de datos personales protege el tratamiento de aquella información sobre una persona física que permita identificarla. Se dispensa protección a todos aquellos datos que permitan la identificación de la persona, y no solamente a aquellos datos más íntimos. Este y solo este es el objeto de protección del RGPD, *ex* artículo 4. El derecho fundamental a la protección de datos personales protege a este conjunto de información que, de forma contraria al principio de igualdad pueda ser utilizada para justificar decisiones públicas o privadas. Es decir, «*la protección de datos no solo trata sobre la protección de datos, sino principalmente sobre la protección de las personas que hay tras los datos*»⁵⁶.

38. Por una parte, el art. 8 CDFUE protege en concreto este derecho, cuyo tratamiento se sujeta a una serie de principios, concretizándose en un gran poder de intervención institucional sobre las modalidades de su tratamiento⁵⁷. Haciendo uso de la competencia específica que se le confiere en el TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido delimitando el alcance del procesamiento de los datos personales de los usuarios en línea mediante sucesivos pronunciamientos, aun antes del hito que supuso la aprobación y aplicación del RGPD, al que nos referiremos posteriormente.

⁵² C. HERRERO SUÁREZ, “Cap. 31. Big Data y Derecho de la Competencia”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO, Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 659-683 (pp. 666 a 672).

⁵³ R. ALLENDESALAZAR, “Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones”, *Anuario de Derecho De La Competencia*, 2020, noviembre de 2020, pp. 1-38 (pp. 4-5).

⁵⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (pp. 10-32).

⁵⁵ J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Cap. 12. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS., *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 279-301 (pp. 293 a 300).

⁵⁶ J.L. PIÑAR MAÑAS, “Capítulo 3. Identidad y persona en la sociedad digital”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 95-113 (pp. 109 a 111).

⁵⁷ M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal”, en M. MARTÍNEZ LÓPEZ SÁEZ, *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 43-61 (p. 43-44).

39. En 2016 en el Asunto *Digital Rights Ireland Ltd*, el Tribunal reconoció que la mera conservación de datos de carácter personal supone por sí sola una injerencia tanto en el derecho a la vida privada (*ex art. 7 CDFUE*) como en el derecho a la protección de datos⁵⁸. Por tanto, las garantías que tienden a la protección del individuo en este sentido son especialmente relevantes en aquellos casos que los datos personales se someten a un tratamiento automático.

40. De forma similar, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que para ponderar si efectivamente se ha producido una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, se debe atender al tratamiento de esos datos personales, tanto respecto de los procesos a los que se iba a someter como a los resultados que se fueran a obtener⁵⁹.

41. Por otra parte, a nivel nacional, el derecho a la protección de datos personales se deriva del contenido del artículo 18 CE, de forma autónoma al derecho a la intimidad⁶⁰. Con idéntico sentido que en la jurisprudencia comunitaria se ha identificado que ambos derechos comparten un fundamento común: la dignidad humana cuyo respeto se reconoce en el art. 10.1 CE⁶¹.

42. El tratamiento de los datos personales supone un riesgo para el individuo en cuanto a la construcción digital que se puede realizar de él a partir de sus datos⁶². Por ello, desde una perspectiva regulatoria se trata de reconducir el control de estos datos personales mediante determinadas salvaguardas en favor de su titular.

43. El contorno y los límites de este derecho a la protección de datos personales es objeto de un intenso debate puesto que las manifestaciones tecnológicas y técnicas que suponen una amenaza a este control en manos del usuario se lanzan cada vez con más rapidez. La jurisprudencia europea ya ha lidiado con algunas de estas manifestaciones. Por ejemplo, en el caso de la videovigilancia se ha circunscrito la posibilidad del almacenamiento y tratamiento de las grabaciones de imágenes a un mínimo, aun cuando los motivos que las justifiquen sean especialmente loables⁶³.

44. Sin embargo, en la mayoría de los casos la tecnología va un paso por delante del legislador y poder judicial comunitario y nacional, en la medida que se producen lanzamientos constantes en el mercado de nuevas aplicaciones y sistemas tecnológicos⁶⁴. El sector del Internet de las cosas (IoT), compuesto por productos tales como los asistentes virtuales -*Siri, Alexa y Google Assistant*-, es un buen ejemplo de ello. Este nuevo fenómeno digital se caracteriza por su desregulación, a pesar de los riesgos que entraña respecto al tratamiento de datos personales y no personales. En este sentido, desde la Comisión Europea ya se ha advertido de la existencia de este ‘vacío regulatorio’ y en noviembre de 2021

⁵⁸ STJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros*, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, apartados 51 a 55.

⁵⁹ SSTEDH de 4 de diciembre de 2008, *S. y Marper c/ Reino Unido*, 30562/04 y 30566/04, apartado 67; de 26 de julio de 2014, *Mennesson c/ Francia*, 65192/11, ECLI: CE: ECHR:2014:0626JUD006519211; y de 26 de julio de 2014, *Labassee c/ Francia*, 65941/11, ECLI: CE: ECHR:2014:0626JUD006594111.

⁶⁰ STC 30 de noviembre de 2000 (*RTC* 2000/292).

⁶¹ STS de 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008/2932).

⁶² M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, “Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal”, en M. MARTÍNEZ LÓPEZ SÁEZ, *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 43-61 (pp. 43-46).

⁶³ STJUE de 11 de diciembre de 2014, *František Ryněš contra Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428, apartados 21 a 35; STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Uzun c. Alemania*, 35623/05 ECLI: CE: ECHR:2010:0902JUD003562305, apartado 46.

⁶⁴ T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “*Cap. 1. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital*”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 21- 87 (pp. 45-51); F. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “Parte Especial. Epígrafe 10. Derecho a la protección de datos y las tecnologías disruptivas”, en F. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos vs. Big Data*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 297-318.

ya lanzó un informe preliminar sobre los posibles peligros generados por estas tecnologías con el fin de darle una respuesta desde la perspectiva de la política de competencia⁶⁵. Sin embargo, hasta ahora no se han definido los límites y garantías que deben regir en su ejercicio para asegurar la pervivencia del control de los datos personales en su titular.

45. En este mismo sentido, nos encontramos con el fenómeno de la computación en la nube, cuyos riesgos en relación con la protección de datos ya se expusieron en el dictamen del Grupo de Protección de Datos en el seno de la Unión Europea, por ser una herramienta especialmente dañina que facilita la falta de control y transparencia sobre los datos personales⁶⁶. Hasta el momento, solamente se ha regulado de forma general a través de las disposiciones del RGPD⁶⁷.

46. Esta manifestación tecnológica es especialmente acuciante en cuanto a sus riesgos, puesto que en la actualidad este servicio lo proveen casi en exclusiva las grandes plataformas digitales americanas, de forma que existe una absoluta dependencia de estos proveedores internacionales para la provisión del servicio. En el marco de la Estrategia de Datos Europea, con el fin de preservar la soberanía de datos europea, actualmente se está trabajando en el proyecto *Gaia-X*, es decir, la nueva plataforma Cloud federada Europea.

47. Estos fenómenos tecnológicos entrañan riesgos para la protección de los datos personales de los usuarios y es prácticamente inútil que el legislador trate, en sede de regulación, de atajar aisladamente cada manifestación tecnológica⁶⁸. Hasta el momento, las propuestas de DMA y DSA que tenemos sobre la mesa tratan de realizar precisamente esto, de forma aislada al Derecho de la Competencia, pero también respecto del ámbito de la protección de datos.

III. Regulación e intervención administrativa en los mercados digitales

1. La protección de los datos a partir del RGPD

48. Sobre la base jurídica del art. 8 CDFUE y en relación con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) desde el 25 de mayo de 2018 es de aplicación obligatoria en el conjunto de Estados miembros de la Unión el RGPD⁶⁹. Esta es la regulación de la que se ha dotado a las personas físicas este lado del Atlántico para la protección del tratamiento de los datos de carácter personal de acuerdo con las exigencias del siglo XXI⁷⁰.

49. Frente a la amenaza que suponen las *GAFAs*, domiciliadas en su mayoría en EE. UU, y que, hasta hace poco escapaban del alcance del regulador comunitario, el RGPD dota de eficacia extraterritorial a sus disposiciones⁷¹. De esta forma, como ya había sostenido la jurisprudencia comunitaria, le

⁶⁵ Press Statement – European Commission: “Questions & Answers – Antitrust: Commission publishes preliminary report on consumer Internet of Things sector inquiry”, Bruselas, 9 de junio de 2021, QANDA/21/2908.

⁶⁶ GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 05/2012 sobre la computación en nube*, 1 de julio de 2012, 01037/12/ES.

⁶⁷ AGENCIA ESPAÑOLA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing*.

⁶⁸ J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Cap. 12. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 279-301 (pp. 279-295).

⁶⁹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *OJC* 326, 26 de octubre de 2012, p. 47-390.

⁷⁰ Desde 1995 ya existía una regulación a nivel comunitario tendente a armonizar la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con las actividades de tratamiento de carácter personal, a través de la Directiva 95/46/CE.

⁷¹ J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Cap. 12. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 279-301 (pp. 288 a 290).

son aplicables las salvaguardas del RGPD a aquel tratamiento de datos que se desarrolla fuera de las fronteras comunitarias⁷².

50. En este sentido, el RGPD en su art. 3 garantiza que se produzca este flujo transfronterizo de la regulación, ya que se aplica el principio de territorialidad de aplicación de las normas, que sitúa el centro de gravedad de la relación jurídica en la nacionalidad del titular de los datos personales. Es decir, si por ejemplo *Facebook* tiene la intención de tratar los datos personales de ciudadanos alemanes, franceses, italianos o españoles tendrá que sujetarse tanto a las exigencias del RGPD como a las especificaciones de las legislaciones nacionales correspondientes a la nacionalidad del titular de los datos personales.

51. El RGPD impone al responsable del tratamiento de esos datos personales toda una serie de exigencias regulatorias con el fin de proteger al consumidor/usuario, y lo hace de acuerdo con el principio de responsabilidad proactiva, ex artículo 5.2 RGPD⁷³. Es decir, le corresponde a este demostrar y acreditar el cumplimiento de los principios instituidos por el RGPD.

52. En primer lugar, debe regir en su actuación tanto el principio de minimización de datos -es decir, que solamente se utilicen datos adecuados, pertinentes y necesarios para los fines a los que se van a destinar-, como de anonimización (cuando sea posible) en el acceso a los datos personales de sus usuarios⁷⁴. El tratamiento de datos se debe regir por el principio de licitud. Es decir, debe haber una causa suficiente que motive que el encargado del tratamiento almacene y procese los datos personales de personas físicas.

53. Como cabría suponer, uno de los principales motivos que pueden sustentar la licitud del tratamiento es el consentimiento de la persona que será individualizada mediante el acceso a estos datos, ex art. 6.1.a) RGPD. No obstante, el consentimiento debe ser otorgado de manera afirmativa y tiene que reflejar una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del sujeto cuyos datos son objeto del tratamiento.

54. En caso de que no concurra esta circunstancia, el RGPD prevé otros supuestos en que el tratamiento de datos personales será también lícito. Una de las causas más discutidas precisamente por su relación con el *Big Data* es aquella del art. 6.1.b) RGPD: la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales.

55. El CEPD ha analizado en particular este motivo de licitud del tratamiento, por cuanto que en esta causa se suele fundamentar el almacenamiento y procesamiento de grandes grupos de datos con el fin de las tareas de *profiling* que señalábamos anteriormente en el mercado adyacente de la publicidad en línea. En este sentido, en sus Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados señala que el responsable del tratamiento de datos personales no puede ampliar artificialmente los tipos de operaciones a las que se someten de forma indiscriminada⁷⁵. Sin embargo, en la

⁷² STJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros*, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, apartados 33 a 37; de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, Asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, apartados 45 a 60; y de 6 de octubre de 2015, *Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner*, Asunto C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, apartados 44 y 45.

⁷³ J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Cap. 12. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 279-301 (pp. 283 a 290).

⁷⁴ R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Cap. 11. Inteligencia artificial, Derecho y derechos fundamentales”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS (Coord.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 259-279 (pp. 275 a 277).

⁷⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8 de octubre de 2019.

práctica, observamos como este el principal talón de Aquiles de la regulación, que sigue amparando que las grandes plataformas digitales almacenen y procesen grandes cantidades de datos a una gran velocidad, generando un valor para ellos mismos en mercados adyacentes aprovechando su dominancia en el mercado de su actividad principal.

56. Por último, por lo que nos interesa, el encargado debe diseñar sus sistemas de IA teniendo en cuenta los riesgos que pueden entrañar en colisión con los derechos fundamentales, ya que él es el que los conoce con mayor exactitud (*ex art. 24 RGPD*). En este punto las exigencias del RGPD parecen insuficientes puesto que no parece razonable, por ejemplo, que se incorporen datos personales del usuario en sistemas de *deep learning* sin que el consumidor manifieste, de nuevo, consentimiento para que se produzca esta operación.

57. Hasta un cierto punto, la Propuesta del Reglamento de IA por parte de la Comisión Europea presentada el 21 de abril de 2021 reconoce esta falta de regulación que suponen una verdadera amenaza a esta protección reforzada de la que se trata de dotar a la persona física a través del RGPD. La propuesta distingue entre distintos tipos de sistemas según el tipo de datos que se manejan en la tecnología de la que se trate; algunos de ellos están prohibidos (por ejemplo, los que son susceptibles de manipular el comportamiento humano), y otros están permitidos pero su actividad se verá limitada en función de un riesgo alto (por ejemplo, sistemas de identificación y categorización biométrica) o medio/bajo (asistentes virtuales).

58. Sin embargo, las soluciones formuladas están lejos de materializarse, y la única protección que se le otorga a la persona física en esta manifestación tecnológica se da por vía del RGPD, que solamente exige que el responsable del tratamiento considere las posibles implicaciones del sistema de IA respecto a su colisión con los derechos fundamentales del titular.

59. Aunque el RGPD en su conjunto da una respuesta regulatoria modernizada a los retos del ámbito de protección del consumidor en relación con sus datos personales capturando en mayor o menor medida las tecnologías emergentes, quedan grandes riesgos y problemas que no se atajan desde la perspectiva regulatoria y que deben atenderse mediante otras vías. Nosotros proponemos que dicha solución puede provenir desde el Derecho de la Competencia.

2. ¿Regulación *ex ante* o intervención *ex post*?

60. Hasta hace muy poco tiempo, el *Big Data* se ha venido analizando de forma fragmentaria⁷⁶. Por una parte, las agencias de protección de datos realizan su análisis exclusivamente basadas en las premisas y principios del RGPD y de las normativas nacionales correspondientes en esta materia. Por otra parte, las autoridades de competencia han ignorado -hasta la fecha- estos razonamientos en sus evaluaciones y se han centrado en el análisis del daño competitivo, sin prever la posibilidad de que este perjuicio también se puede producir mediante un ataque injustificado a la privacidad de sus usuarios⁷⁷. Existe un curso paralelo entre las líneas de actuación de ambas esferas para atajar una misma preocupación: hasta qué punto el *Big Data* es nocivo para los usuarios de las plataformas digitales y, a grandes rasgos, para la sociedad en su conjunto⁷⁸.

⁷⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (pp. 6-7); T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Cap. 1. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 21- 87 (pp. 63- 65).

⁷⁷ E. FERRER Y A. POL, “Capítulo 5. Protección de datos y derecho de la competencia”, en M.A. RECUERDA GIRELA (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, 2020, pp. 119-142.

⁷⁸ D.D. SOKOL Y R. COMERFORD, “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review*, 119 (23), septiembre 2016, pp. 1129-1161 (pp. 1133-1140).

61. OHLHAUSEN Y OKULIAR, en un intento de explicar este fenómeno fragmentario, indican las razones por las que estas dos líneas de actuación discurren hasta el momento de forma paralela y señalan en qué manera deberían interactuar ambas ramas del Derecho⁷⁹.

62. Partiendo de la concepción del *Big Data* como un *input* empresarial, señalan la complejidad metodológica con la que se enfrentan las autoridades de competencia nada más empezar su análisis: es complicado asociar un valor/precio concreto a los datos almacenados y procesados por una empresa en relación con el coste del servicio prestado. De esta forma, para analizar los riesgos anticompetitivos generados por el *Big Data* las autoridades de competencia deben forzar las herramientas de las que disponen para tratar de atajar el conjunto de problemas que se dan por su causa.

63. Ante esta complejidad, las autoridades de competencia tienden a prestar atención a una perspectiva estática de los mercados digitales, que es precisamente uno de los errores metodológicos básicos en su análisis⁸⁰. Como se ha puesto de manifiesto, las autoridades de competencia, sobre apreciaciones subjetivas de este fenómeno, tratan de imponer presunciones de culpabilidad a las grandes plataformas digitales, tal y como podemos observar en el caso de los instrumentos propuestos por la Comisión Europea para combatir a los guardianes de acceso, a través de las obligaciones que se les imponen en la DMA.

64. Adoptando esta misma perspectiva, cuando las autoridades de competencia han analizado los asuntos que se le presentan, tradicionalmente han dejado fuera todas las consideraciones relacionadas con el derecho a la protección de los datos personales de los usuarios de las plataformas digitales. De esta forma, en sus conclusiones siempre omiten cualquier consideración a las normas específicas que regulan esta materia, a salvo de lo que expresen las autoridades de protección de datos competente. Esta postura resulta cuanto menos llamativa puesto que una de las finalidades del Derecho de la Competencia es precisamente asegurar la competencia en el mercado para que sus resultados repercutan directamente en un mayor bienestar social, es decir, en beneficio de los propios consumidores.

65. A pesar de estas dificultades, el solapamiento entre las consideraciones de privacidad y *antitrust* ha ido en aumento, sobre todo en la práctica decisoria de la CE, y sin duda ninguna ambos enfoques están llamados a ser integrados en un único análisis. De hecho, ya existen novedosas propuestas doctrinales que sugieren analizar la protección de datos no desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sino como fallo de mercado, que lleva a un abuso de posición dominante de los de la categoría de abusos explotativos⁸¹. Según estos autores, este enfoque permitiría integrar su evaluación como parámetro del proceso competitivo, al considerar las restricciones a la privacidad como una forma de abuso de explotación. Desde luego, parece claro que el papel en el ámbito del control de concentraciones de los datos ha ido en un patente *in crescendo*.

66. Así, en la operación *TomTom/TeleAtlas*, aprobada en 2008, se reconocieron -por primera vez- los datos como un parámetro de competencia, pero no se consideró la aplicación de la normativa de protección de datos a efectos del análisis competitivo⁸². Ese mismo año, la operación *Google/DoubleClick* se aprobó «*sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las partes por la legislación comunitaria en relación con la protección de las personas y la protección de la privacidad con respecto al tratamiento de datos personales*»⁸³.

⁷⁹ M.K. OHLHAUSEN Y A.P. OKULIAR, “Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy”, *Antitrust Law Journal*, 80 (1), 2015, pp. 121-156.

⁸⁰ N. PETIT Y D.J. TEECE, “Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition”, *Industrial and Corporate Change*, marzo 2021, pp. 1-31 (pp. 4-6).

⁸¹ N. ECONOMIDES Y I. LIANOS, “Restrictions on privacy and exploitation in the Digital Economy: A market failure perspective”, *Journal of Competition Law & Economics*, 00(00), 2021, pp. 1-83.

⁸² Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008, *TomTom / TeleAtlas*, Case nº COMP/M.854, C(2008) 1859.

⁸³ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, *Google /DoubleClick*, Case nº COMP/M.4731, C(2008) 927 final, par. 368.

67. Idéntica postura se adoptó en la operación *Facebook/WhatsApp* aprobada en 2014, en la que hay una cierta sensación de que la CE pecó de no haber dado a los datos y las consideraciones de privacidad la importancia que tenían, relegando esa valoración a las autoridades de protección de datos⁸⁴).

68. No fue hasta el 2016 con la operación *Microsoft/LinkedIn* en que se sentaron las bases para un cambio de paradigma⁸⁵. En ella, la autoridad comunitaria examinó por primera vez en qué medida la pérdida de control sobre los datos personales de una empresa en favor de la otra y la lesión de la privacidad de sus usuarios podría suponer un daño competitivo⁸⁶. De hecho, se tuvieron en cuenta las propias limitaciones que impondría el RGPD en el futuro cercano para descartar que *Microsoft* tuviera la posibilidad de transmitir y tratar datos personales con fines esencialmente comerciales.

69. Como es lógico en este tipo de supuestos, la CE tuvo en cuenta que el bienestar del consumidor podría verse afectado por la acumulación de *Big Data* por las empresas que se concentran, en concreto porque podrían darse decrementos en la calidad de los productos y en la innovación razonablemente prevista para las empresas competidoras en el mercado⁸⁷. Este nuevo enfoque se vio confirmado en 2018, en idénticos términos y con las mismas referencias explícitas a la normativa de protección de datos y el RGPD, al aprobar la operación *Apple/Shazam*⁸⁸.

70. ¿Cómo establecer el adecuado equilibrio entre protección de la privacidad y protección de la competencia? ¿Hasta qué punto pueden las consideraciones sobre privacidad y protección de datos constituir un parámetro del proceso competitivo? En el marco de este binomio examinaremos en el epígrafe IV casuísticamente aquellos hitos que se han dado en la práctica decisoria de las autoridades *antitrust* como intentos por aproximar ambas materias.

3. Herramientas y dificultades del Derecho de la Competencia

71. Como paso previo a realizar dicho análisis, señalaremos, siquiera brevemente, cuáles son las tres grandes líneas de intervención del Derecho de la Competencia sobre la actividad de los operadores en el mercado. Por una parte, tenemos la actuación estrictamente sancionadora que atiende a la conducta de los competidores en el mercado, ya sea a través de acuerdos entre ellos -prácticas colusorias-, prohibidas por el art. 101 TFUE o bien porque uno de ellos se prevalece de su posición de dominio en el mercado -abuso de posición dominante-, prohibido por el art. 102 TFUE.

72. Por otra parte, nos encontramos con la intervención de la autoridad de competencia en las operaciones de adquisición y fusión entre empresas, es decir, las concentraciones entre empresas. Estas últimas, sobre las que nos centramos en su desarrollo más reciente en relación con el tratamiento de datos personales, están regidas principalmente por el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁸⁹.

⁸⁴ Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2014, *Facebook/WhatsApp*, Case nº COMP/M.7217, C(2014) 7239 final, par. 164; *Vid.*, entre otros, R. ALLENDESALAZAR, “Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones”, *Anuario de Derecho De La Competencia*, 2020, noviembre de 2020, pp. 1-38 (p. 425).

⁸⁵ Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, *Microsoft/LinkedIn*, Case nº COMP/M.8124, C(2016) 8404 final.

⁸⁶ Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016, *Microsoft/LinkedIn*, Case nº COMP/M.8124, C(2016) 8404 final, pars. 255 y 350.

⁸⁷ C. HERRERO SUÁREZ, “Cap. 31. Big Data y Derecho de la Competencia”, en T. DE LA QUADRA SALCEDO Y J.L. PIÑAR MAÑAS (Coord.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, Red. es y Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 659-683 (pp. 673 a 680).

⁸⁸ Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, *Apple/Shazam*, Case M. 8788, C(2018) 5748 final.

⁸⁹ Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas, *DOUE L 024*, 29 de enero de 2004, p. 1-22.

73. Las autoridades de competencia realizan un análisis prospectivo para determinar cuáles serán los efectos que generarán estas operaciones para asegurar el correcto funcionamiento del proceso competitivo en el futuro. De esta forma, se trata de determinar el daño competitivo que se generará en el mercado por la eliminación de al menos uno de los competidores del mercado (uno de ellos en caso de absorción o ambos en caso de constituir una *joint-venture*). Como es lógico, solamente las operaciones más relevantes del mercado, sujetas a determinados umbrales fijados en función del volumen de negocios de las empresas concurrentes, son analizadas por las autoridades de competencia. Una vez determinado que procede este análisis, las concentraciones pueden ser aprobadas en primera fase (porque la operación no plantee problema alguno para la competencia o porque se concluyan compromisos con la autoridad suficientes para atender los riesgos anticompetitivos de esta) o bien en segunda fase, en la que se analizan aquellas operaciones que ocasionan unos problemas de competencia más complejos y que requieren de un análisis detallado y detenido de la autoridad.

74. A partir de este instrumental del que disponen las autoridades de competencia, lo que ya nadie parece poner en duda es que los datos son una fuente de poder de mercado⁹⁰. En efecto, la obtención, almacenamiento y procesamiento de los datos personales han dejado de ser cuestiones sometidas a las restricciones legales orientadas a la protección de la privacidad para convertirse en un parámetro de la competencia, no basado en precios sino en la calidad del servicio⁹¹, que es especialmente acusado en aquellos servicios que se prestan a precio cero a los consumidores y usuarios⁹².

75. Así, en los mercados impulsados por esta nueva economía de los datos, estos constituyen una ventaja competitiva que se traduce en una fuente de poder de mercado. De ahí que las empresas tengan un incentivo para implementar estrategias de protección de datos que les sirvan para crear o reforzar una posición dominante en el mercado⁹³, ya sea con un aumento o una disminución de los niveles de protección en la recogida y procesamiento de los datos de sus usuarios, o de empresas que operan en sus plataformas.

76. Por un lado, la disminución de la protección de la privacidad podría constituir un abuso de explotación a los usuarios finales, como veremos en el apartado siguiente que consideró la FCO (autoridad alemana de la competencia en el caso *Facebook*). Por otro lado, el aumento de la protección de la privacidad podría excluir o discriminar a los rivales, tal y como alegan los demandantes en las investigaciones alemanas y francesas sobre la transparencia del seguimiento de las aplicaciones de *Apple* (ATT).

77. Desde la óptica del Derecho de la Competencia evaluar la privacidad como parámetro competitivo conlleva una dificultad evidente: a diferencia del precio, esa degradación de la calidad del servicio que el cliente puede percibir cuando se rebaja la protección de la privacidad es, por su misma naturaleza, subjetiva, no cuantificable, multidimensional, y enteramente dependiente de la personal sensibilidad de cada consumidor. Si a esto añadimos la existencia de la *privacy paradox*, a la que nos referiremos en adelante, no es difícil darse cuenta de las enormes dificultades a las que se enfrenta el análisis del Derecho de la competencia en esta materia.

⁹⁰ L.M.B. CABRAL, J. HAUCAP, G. PARKER, G. PETROPOULOS, T.M. VALLETTI Y M.W. VAN ALSTYNE, “The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts”, *Publications Office of the European Union*, JRC122910, 2021, pp. 1-36 (p. 20).

⁹¹ R. LANDE, “The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern”, *FTC: Watch*, No. 714, 2008; N. JUST, “Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization”, *Telecommunications Policy*, 42 (5), junio 2018, pp. 386-394 (pp. 386-388).

⁹² DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS (COMPETITION COMMITTEE), “Quality considerations in digital zero-price markets—Background note by the Secretariat”, 9 de octubre de 2018, DAF/COMP(2018)14, pp. 1-46 (pp 6-8).

⁹³ Así es como se entiende en artículos doctrinales y comentarios recientes, y no se duda en calificar la protección de la privacidad como un pretexto para lo que realmente se pretende: la puesta en práctica de políticas anticompetitivas. *Vid.*, a modo de ejemplo: D. SOKOL Y F. ZHU, “Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple’s iOS 14 Policy Updates”, *University of Southern California*, USC CLASS Research Paper No. CLASS21-27, junio 2021, pp. 1-23.

78. Para hacer frente a esta dificultad, además de refinar el instrumental con el que actualmente contamos, para adaptarlo a esta nueva perspectiva híbrida -regulación y competencia-, habría que articular igualmente algún tipo de cooperación entre las respectivas autoridades, las que protegen la privacidad y los datos personales (en España, por ejemplo, la AEPD, *Agencia Española de Protección de Datos*) y las que tutelan la libre competencia en el mercado (en España, la CNMC, *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*). A este respecto, hay ya aportaciones doctrinales que proponen esta cooperación institucional, al hilo del estudio de un fenómeno -la publicidad personalizada, o *targeted advertising*- que evidencia este doble aspecto de los datos: su valor personal para el consumidor y su valor económico para las plataformas digitales⁹⁴.

79. Posiblemente el mejor ejemplo de que este tipo de cooperación es posible, y las evidentes ventajas en términos de un *enforcement* que integre ambos enfoques, es la reciente declaración conjunta de la autoridad de protección de datos -*Information Commissioner's Office (ICO)*- y de la competencia -*Competition and Markets Authority (CMA)*- en Reino Unido, al que hemos hecho ya reiteradas referencias en epígrafes precedentes, y que pone de manifiesto la pretendida contraposición entre los objetivos de uno y otro ordenamiento, así como las indudables sinergias y ventajas que se derivan de este enfoque integrador que estamos proponiendo en estas páginas: «*Los objetivos del derecho de la competencia y de la protección de datos se han caracterizado en ocasiones como objetivos opuestos. No estamos de acuerdo. Hay sinergias fundamentales que sustentan nuestros respectivos objetivos políticos y creemos que aunque puedan surgir tensiones, son superables*»⁹⁵.

80. Desde fechas tempranas encontramos pronunciamientos tanto de autoridades de competencia como de protección de datos en la dirección de integrar ambos aspectos. Así, ya en 2014 la Agencia Europea de Protección de Datos había manifestado que en los mercados digitales el almacenamiento y ulterior procesamiento de los datos era una fuente de poder de mercado⁹⁶. Algo parecido manifestó la propia OCDE dos años más tarde⁹⁷.

81. Asimismo, el consenso doctrinal es cada vez mayor en relación con el peculiar poder de mercado derivado de los datos y en la economía digital. Según este modelo de negocio de las nuevas plataformas, las herramientas clásicas del Derecho de la Competencia se quedan atrás para abarcar el conjunto de su extensión⁹⁸. es difícilmente cuantificable y “manejable” por las herramientas clásicas que el Derecho de la Competencia tradicionalmente ha empleado en mercados analógicos

82. Como veremos en el epígrafe siguiente, al hilo de asuntos recientes que han resuelto las autoridades europeas y estadounidenses, el enfoque conjunto privacidad-competencia no está, ni mucho menos, conseguido. Tanto en el ámbito del control de concentraciones, como en el de considerar prácticas restrictivas de la privacidad o la acumulación excesiva de datos como nuevas tipologías del abuso de posición dominante, la praxis decisoria es vacilante, ambigua, cuando no errática y contradictoria.

⁹⁴ J. TAMAYO VELASCO, “Big Data, Competencia y Protección de Datos: el Rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, Julio-diciembre 2021, pp. 183-202.

⁹⁵ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31 (p. 18).

⁹⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Bruselas, marzo 2014, pp. 1-41 (p. 28).

⁹⁷ DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS (COMPETITION COMMITTEE), *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, 27 de octubre de 2016, DAF/COMP(2016)14, pp. 1-40 (p. 16).

⁹⁸ *Vid.*, por todos, V.H.S.E. ROBERTSON, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, *Common Market Law Review*, 57, 2020, pp. 161-189.

IV. Las autoridades de competencia ante el Big Data en los mercados digitales

1. La operación de concentración Google/Fitbit

83. En una afirmación que, con el tiempo ha ido cobrando cada vez más relevancia, señaló hace pocos años la actual vicepresidenta de la UE que «*a medida que los datos sean más importantes para la competencia, tendremos que examinar más detenidamente aquellas operaciones que impliquen la acumulación de grandes volúmenes de datos*»⁹⁹.

84. En efecto, ante la propuesta de adquisición de *Fitbit* por parte de *Google*¹⁰⁰, cuyo análisis recayó en la Comisión Europea, la autoridad comunitaria manifestó en primera fase su preocupación por el posible impacto de la operación, teniendo en cuenta la posición dominante (además de sus economías de escala y alcance) que *Google* ya ostentaba en el mercado de las búsquedas online en el mercado interior común.

85. La entidad resultante de la fusión tendría acceso al *Big Data* de *Fitbit*, que contiene sobre todo datos sanitarios de sus usuarios puesto que sus dispositivos recopilan información sobre el latido de su corazón, su ingesta de calorías diaria, las distancias recorridas o sus hábitos de sueño, entre otros. La Comisión temía que *Google* pudiera utilizar estos datos para diferenciarse de sus competidores, en los mercados de la publicidad en línea como en el mercado de los servicios de *ad tech* (herramientas analíticas y digitales utilizadas para facilitar la venta y compra programática de publicidad digital).

86. Paralelamente, los operadores del mercado, a las autoridades de protección de datos y las autoridades de competencia consultadas ya habían señalado que la operación planteaba serios problemas en relación con la pérdida de control por parte de los consumidores sobre sus datos sanitarios¹⁰¹. De ahí que la adquisición de *Fitbit* aumentaría las barreras de entrada en el mercado, causando un perjuicio a los anunciantes, que se enfrentarían a precios más altos y menos competitivos.

87. Teniendo en cuenta todo ello, la Comisión Europea dio paso a la segunda fase de la evaluación. La preocupación de la autoridad comunitaria era que *Google* pudiese afianzar aún más su posición en el mercado de la publicidad en línea a través del acceso a la base de datos de *Fitbit*. En efecto, al igual que en otras operaciones de concentración similares en el ámbito de los mercados digitales, se tomó en cuenta si la recopilación de los datos de ambas empresas podría ser utilizada para mejorar el servicio de publicidad online de *Google*.

88. En este sentido, la COMISARIA VESTAGER afirmó que la investigación pretendía «*garantizar que el control por parte de Google de los datos recogidos a través de los dispositivos wearables, como resultado de la transacción, no distorsione la competencia*»¹⁰². Esto es así ya que el uso de estos dispositivos por parte de los consumidores europeos parece que se irá intensificando en el futuro próximo, aumentando por tanto los datos a disposición de *Google*, lo que a su misma vez podrá resultar en que este trate datos masivamente para su propio beneficio. Por su parte, el CEPD ya había expresado su inquietud en relación con la privacidad de los datos de los usuarios de *Fitbit* y con las posibles infracciones del RGPD en las que *Google* podría incurrir combinando y acumulando los datos sanitarios de los usuarios de *Fitbit*¹⁰³.

⁹⁹ Speech – Margrethe Vestager: “Clearing the path for Innovation”, Web Summit, Lisboa, 7 de noviembre de 2017.

¹⁰⁰ Company Announcements - Rick Osterloh (Senior Vice President, Devices & Services de Google): “Helping more people with wearables: Google to acquire Fitbit”, The Keyword, 1 de noviembre de 2019.

¹⁰¹ En particular, la autoridad australiana de competencia había indicado que existe una fuerte interacción entre los datos y la competencia. *Vid.* por todos: Australian Competition & Consumer Commission, Statement of Issues, 18 June 2020, *Google LLC-proposed acquisition of Fitbit Inc.*, pp. 1-25.

¹⁰² Press release – European Commission: “Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google”, Bruselas, 4 de agosto de 2020, IP/20/1446.

¹⁰³ Press release – European Data Protection Board: “Eighteenth EDPB Plenary Session”, 20 de febrero de 2020, EDPB_PressRelease_2020_02.

89. Una vez concluidas sus investigaciones, la CE autorizó la operación, condicionada al cumplimiento por parte de *Google* de un paquete de compromisos durante 10 años, bajo la supervisión de un comisario. Según estos compromisos, *Google* no podrá utilizar los datos sanitarios adquiridos a través de *Fitbit* para mejorar la publicidad dirigida al ámbito del Espacio Económico Europeo (EEE). Además, tendrá que almacenar separadamente los datos procedentes del *Big Data* de *Fitbit* y los datos relativos a los usuarios de *Google*.

90. En el comunicado de prensa en el que hizo pública su decisión, la CE reafirma que la operación se autoriza sin perjuicio de la obligación de *Google* de cumplir con el RGPD en el tratamiento de los datos sanitarios de los consumidores, puesto que ya existen herramientas reguladoras específicas para abordarlas. En estos términos se expuso que: «*la investigación de la Comisión Europea determinó que Google deberá acreditar la conformidad de la operación de acuerdo con las disposiciones y principios del RGPD, que incluso permitirían prohibir el tratamiento de los datos sanitarios obtenidos, salvo que los usuarios consientan expresamente a que se realice dicho tratamiento. Estas consideraciones no se pueden realizar en el ámbito del control de concentraciones dado que hay herramientas regulatorias más adecuadas para determinar la conformidad de la conducta de Google con el RGPD*»¹⁰⁴. Aunque soterradamente la CE *de facto* entró a analizar las cuestiones relativas a la protección de los datos personales de los usuarios tanto de *Google* como de *Fitbit*, insiste en que no es materia objeto del Derecho de la competencia.

91. Naturalmente, este enfoque tan favorable a la operación que considera a esta exenta de riesgos para el mercado y para los consumidores no es compartida por todos. Sirva como botón de muestra el informe publicado por el CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, enormemente crítico con la autorización de esta operación de concentración¹⁰⁵. En su opinión, esta supone un daño directo a los consumidores, un fortalecimiento de dominante y excluyente posición de *Google* en el mercado de los datos (en este caso, además, especialmente sensibles por tratarse de datos sanitarios), y una operación cuya única finalidad es monetizar dichos datos.

92. Este documento, además de proponer una serie de teorías del daño muy sugerentes para abordar los problemas que estamos analizando en estas páginas (relativas a la acumulación de datos, la discriminación monopolística, etc.) señala, en frontal oposición a las palabras que acabamos de citar de la Comisaria Vestager, que «*los problemas que la operación plantea respecto a la privacidad de los datos amplifican nuestra preocupación. Las disposiciones del RGPD tienen sus limitaciones regulatorias, pero el incumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales está especialmente relacionado, a su misma vez, con el poder de mercado de Google*». Luego, las cuestiones relativas a la privacidad... ¡sí son una cuestión que atañe a la política de competencia!¹⁰⁶ (o al menos debe intentar integrarse dentro del marco del análisis de competencia, como han planteado algunas autoridades de competencia).

2. El caso Bundeskartellamt c. Facebook

93. La interacción de la privacidad de los usuarios de las plataformas digitales y el Derecho de la Competencia se ha planteado ya, y de forma palmaria, como teoría del daño ante la autoridad alemana de competencia. En concreto, el caso se planteó en relación con la imposición de términos y condiciones

¹⁰⁴ Press release -European Commission: “Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions”, Bruselas, 17 de diciembre de 2020, IP 20/2484.

¹⁰⁵ CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH, “Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers”, *CEPR Policy Insight*, nº107, septiembre 2020, pp. 1-13.

¹⁰⁶ Y así se manifiesta desde la doctrina más autorizada. *Id.*, entre otros: C. CAFFARRA Y T. VALETTI, “Google/Fitbit review: Privacy IS a competition issue”, *Voxeu Competition Report*, 4 de marzo de 2020.

(TyC) a los usuarios de plataformas digitales como puerta de acceso a la prestación de sus servicios. En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (GWB)¹⁰⁷, la autoridad de competencia -*Federal Cartel Office* (FCO) o *Bundeskartellamt*- planteó la posible introducción de los parámetros de privacidad como un elemento de competencia. Como se ha apuntado desde algún sector doctrinal, este caso además consideró la protección de los consumidores -su privacidad, sus datos personales- como una de las finalidades también del Derecho de la competencia, más allá de las consideraciones puramente regulatorias en materia de protección de datos¹⁰⁸.

A) La decisión de la autoridad de competencia alemana

94. La FCO comenzó a investigar en 2016 si *Facebook* estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones¹⁰⁹. La política de privacidad de la empresa estaba diseñada con el mecanismo de *opt-in*, es decir, si los usuarios no mostraban su conformidad a los términos impuestos por *Facebook* no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por la red social. Por tanto, la decisión del usuario se veía reducida a la mínima expresión, y solamente podrían aceptar los términos y condiciones si querían acceder al servicio¹¹⁰.

95. En concreto, el presidente de la FCO ANDREAS MUNDT afirmó que «*las empresas dominantes en el mercado están sujetas al cumplimiento de obligaciones específicas. Estas obligaciones comprenden el uso de términos y condiciones adecuados al servicio que prestan, siempre que sean necesarias y relevantes en el mercado en el que operan. Para aquellos servicios prestados online cuyo volumen de negocios depende de sus anunciantes como es el caso de Facebook, los datos de sus usuarios son especialmente valiosos. Por este motivo, es esencial que se examine en el marco del análisis del abuso de posición dominante si los consumidores han sido informados suficientemente sobre el tipo y alcance de la recopilación de datos que la plataforma va a utilizar para su posterior tratamiento*»¹¹¹.

96. La FCO analizó detalladamente los TyC de los servicios ofrecidos por *Facebook*, concluyendo que el tratamiento integral de dichos datos personales infringía el RGPD. Esta afirmación viene precedida de una consulta a la autoridad de protección de datos, con la que colabora la autoridad en este asunto. Tal y como señala en su consulta a la autoridad de protección de datos, esta considera que la autoridad de competencia está legitimada para aplicar los principios instituidos por el RGPD en el marco de la evaluación de la conducta de la empresa dominante¹¹².

97. Sobre la base del art. 8 CDFUE, la FCO considera que el consentimiento que prestaron los usuarios de *Facebook* en sus TyC está viciado, ya que estos no eran plenamente conscientes de las tareas de recogida y tratamiento de datos que se iban a realizar por parte de la red social. En paralelo, la autoridad incide en que, aun en el supuesto en que se considerara que se ha prestado ese consentimiento

¹⁰⁷ Conviene hacer notar aquí que, a diferencia de lo previsto en el art. 102 TFUE, o en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros, como por ejemplo nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el párrafo 18.3 (a) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* explícitamente hace referencia a los datos como fuente de poder de mercado.

¹⁰⁸ V.H.S.E. ROBERTSON, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, *Common Market Law Review*, 57, 2020, pp. 161–189 (pp. 168-175).

¹⁰⁹ N.M. VOLMARA Y O.K. HELMDACHB, “Protecting consumer and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office’s Facebook investigation”, *European Competition Journal*, Vol. 14 (2-3), 2018, pp. 195-215.

¹¹⁰ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY Y INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE., *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 de mayo de 2021, pp. 1-31 (p. 19).

¹¹¹ News – Bundeskartellamt: “Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules”, 2 de marzo de 2016.

¹¹² G. COLANGELO Y M. MAGGIOLINO, “Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?”, *World Competition Law and Economic Review*, 42(3), 2019, pp. 1-18 (p. 8).

libremente, la cantidad de datos recopilada es excesiva y no es necesaria para la actividad de *profiling* realizada por *Facebook*¹¹³.

98. Una vez sentado que *Facebook* recogía ilegalmente los datos personales de sus usuarios para mejorar sus propios servicios de publicidad personalizada por el primer motivo y el segundo que hemos expuesto, la FCO determinó que los usuarios perdían el control sobre sus datos personales, de forma contraria a lo exigido por el RGPD.

99. De esta forma, *Facebook* consolidaba su posición de dominio frente al resto de sus competidores, fortaleciendo las barreras de entrada al mercado de las redes sociales¹¹⁴. En su análisis, la FCO determinó que dichas barreras de entrada estaban reforzadas por la imposibilidad de los competidores de reproducir la base de datos que *Facebook* había obtenido en aplicación de su política de TyC¹¹⁵, cuyos efectos ni siquiera podrían verse contrarrestados por la presión competitiva de la innovación en Internet ni la ejercida por los escasos y débiles competidores que tenía en el mercado¹¹⁶.

100. Todo ello condujo a la autoridad alemana a determinar en junio de 2019, que los TyC impuestos a los usuarios de *Facebook* eran cláusulas contractuales abusivas. Y en la medida en que está práctica era una manifestación directa del poder de mercado de la popular empresa, la FCO confirmó el abuso por parte de *Facebook* de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales privadas¹¹⁷. Como hemos señalado, esta decisión es ciertamente histórica, ya que es la primera vez que una conducta basada en la imposición de una política de privacidad contraria al RGPD se considera como práctica abusiva según el Derecho de la Competencia.

101. Naturalmente, hay aspectos cuestionables: en primer lugar, la falta de parámetros objetivos de la decisión, ya que el valor que los usuarios atribuyen a sus propios datos, y por tanto a las condiciones de su recopilación -y en general a su tratamiento- es extremadamente variable, y en algunos casos, hasta inexistente. De ahí que admitir la existencia de un abuso llevado a cabo a través de la política de privacidad de *Facebook*, supondría admitir la existencia de condiciones contractuales *per se* abusivas, (que no son percibidas como tales por los usuarios), desvirtuando así la propia función del Derecho *antitrust*, es decir, la protección del bienestar social.

102. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, la sanción por abuso de posición dominante no resuelve los posibles efectos excluyentes sobre la competencia que se generaron a través de la exigencia de la prestación de consentimiento en el seno de sus términos y condiciones. *Facebook* podría adecuar el tratamiento de los datos al RGPD y, sin embargo, recopilar la misma cantidad de datos sin que le sea reprochable dicha conducta ni desde la normativa de protección de datos ni desde el Derecho de la Competencia, aunque siga persistiendo ese supuesto daño anticompetitivo que se ha generado en el mercado de las redes sociales.

103. En tercer lugar, la decisión adoptada por la FCO omite una de las principales eficiencias generadas por el uso del *Big Data*, a la que hemos hecho referencia: la creación de nuevos servicios o

¹¹³ Según la FCO, aunque los anuncios mostrados podrían ser menos eficaces y precisos, *Facebook* seguiría siendo capaz de prestar el servicio de perfilación de usuarios a los anunciantes. *Vid.* Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB por inadequate data processing*, Ref. B6-22/16, par. 695.

¹¹⁴ Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB por inadequate data processing*, Ref. B6-22/16, pars. 452-480.

¹¹⁵ Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB por inadequate data processing*, Ref. B6-22/16, pars. 469-472.

¹¹⁶ Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB por inadequate data processing*, Ref. B6-22/16, pars. 501-521.

¹¹⁷ Decisión del Bundeskartellamt de 6 de febrero de 2019, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB por inadequate data processing*, Ref. B6-22/16, par. 873.

la mejora de los existentes que satisfacen la demanda de sus usuarios, en términos del Derecho de la Competencia. Habiéndolo omitido, resulta algo forzado señalar que la conducta de *Facebook* tiene un efecto anticompetitivo¹¹⁸.

B) Suspensión de la decisión en primera instancia en sede cautelar

104. Resolviendo el recurso interpuesto por *Facebook*, el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG) suspendió cautelarmente la decisión de la FCO, al apreciar que la teoría del daño construida para determinar el abuso de dominio había sido incorrecta. Señala el OLG que «*el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia*»¹¹⁹. El OLG señala que la conducta prohibida y sancionada por la FCO no da lugar a un resultado anticompetitivo, y que la recopilación y el tratamiento de los datos de los usuarios de *Facebook* no perjudica al mercado, dado que los datos en cuestión pueden duplicarse sin dificultades y ponerse a disposición de cualquier tercero, incluidos los competidores de *Facebook* en el mercado de las redes sociales¹²⁰.

105. El OLG cuestiona la teoría del daño construida en torno a la normativa de protección de datos, dado que no aprecia que se haya producido una pérdida de control por parte de los usuarios de sus datos personales. Esto es así ya que los usuarios podían elegir sobre el tratamiento de sus datos, es decir, si lo autorizan o no. Si bien es cierto que *Facebook* condicionaba la prestación de sus servicios al consentimiento del usuario en sus TyC mediante el sistema *opt-in*, este era libre de no aceptar la política de privacidad y no registrarse en la red social¹²¹.

106. En la línea de la discusión que venimos analizando, el Tribunal considera que la autoridad alemana de competencia utilizó las herramientas de competencia -en este caso la prohibición de abuso de posición dominante- para tratar de justificar su competencia en una materia que corresponde en exclusiva a las autoridades de protección de datos. En palabras del OLG, la FCO «*está analizando exclusivamente un problema de protección de los datos personales y no uno de falta de competencia en los mercados*»¹²². En este sentido, el simple hecho de que *Facebook* tuviera un altísimo número de usuarios activos a diario en la red social no podía considerarse prueba suficiente para establecer que los usuarios perdieron el control sobre sus datos. Por lo tanto, el OLG concluye que la cuestión sobre si el consumidor medio tenía todos los instrumentos a su disposición para entender en profundidad el poder que le otorgaba a *Facebook* aceptando sus TyC, nada tiene que ver con el Derecho de la Competencia.

C) Pronunciamiento sobre la decisión en segunda instancia en sede cautelar

107. Recurridas las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán (BHG) revocó dicha decisión considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de *Facebook* se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto constituye un abuso de posición de dominio¹²³.

¹¹⁸ G. COLANGELO Y M. MAGGIOLINO, “Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.”, *Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF*. Working Paper No. 31, 2018, pp. 1-46.

¹¹⁹ Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), pp. 1-31 (p. 6).

¹²⁰ Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), pp. 1-31 (p. 7).

¹²¹ Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), pp. 1-31 (p. 9).

¹²² Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V), pp. 1-31 (p. 10).

¹²³ Press release – Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof): “Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position”, 23 de junio de 2020, No. 080/2020.

108. El BHG, sin embargo, transforma la decisión de la FCO y le otorga un nuevo sentido. Por un lado, según el Tribunal, lo que resulta decisivo para imputar un abuso de posición no es la infracción del RGPD por parte de *Facebook*, sino los TyC abusivos que se impusieron a sus usuarios en relación con el tratamiento de sus datos. El BHG cifra dicha abusividad en que la red social no permitiera a sus usuarios elegir el grado de intensidad -pudiendo modular la cantidad de datos personales que se facilitaban- de la recopilación y tratamiento de datos que se iba a realizar a efectos de la tarea de *profiling*. Añade, además, que si *Facebook* tuviera competidores reales en el mercado no podría imponer estas condiciones, porque los usuarios elegirían servicios menos invasivos de su privacidad.

109. Esta conclusión parece distanciarse de la realidad empírica, que demuestra que a pesar de que los usuarios de plataformas digitales expresen una preferencia clara por una mayor protección de sus datos personales, suelen consentir a un tratamiento mucho más intensivo que aquel que desearían, lo que se denomina la *privacy paradox*¹²⁴. En su decisión el BHG obvia que los consumidores tienen la posibilidad, en todo caso, de elegir no utilizar la red social si deciden que los TyC son inaceptables.

110. Partiendo de todo ello, el BHG acoge la teoría del daño esbozada inicialmente por la FCO, y añade que la conducta de *Facebook* no solamente refuerza su posición en el mercado de la publicidad online, sino también en el mercado conexo de las redes sociales¹²⁵. Mediante la técnica de *profiling*, *Facebook* consigue mejorar la experiencia personalizada del usuario en sus propios servicios y, atraídos por este incremento en la calidad del servicio, estos permanecen un mayor tiempo en la red social. En el momento en que se escriben estas líneas, y tras varios recursos y el planteamiento por parte del *Düsseldorf Higher Regional Court* de una cuestión prejudicial ante el TJUE, el caso está aún sin un pronunciamiento definitivo¹²⁶.

3. La perspectiva estadounidense

111. No podemos olvidar al realizar esta sistemática de los casos más relevantes que en los últimos años se han pronunciado sobre el impacto competitivo del *Big Data*, la referencia a la cuestión en el sistema jurídico de los EE.UU. No en vano fue allí donde nació el Derecho *antitrust* (mediante la *Sherman Act* aprobada en 1890) y las *GAFAs* están domiciliadas en suelo estadounidense, a pesar de que han expandido mundialmente su modelo de negocio. De hecho, en sede estadounidense se han incoado sendos expedientes contra *Google* y *Facebook*, exactamente por la misma práctica de abuso de posición dominante (si utilizamos sus términos, *monopolization*, sancionada por la Sección 2ª de la *Sherman Act*).

112. El punto de partida de la investigación de ambas conductas es el Informe del *House Judiciary Committee Antitrust Subcommittee* publicado en octubre de 2020, que contiene una serie de recomendaciones que, para algunos analistas versan en conductas que sólo resultarían perjudiciales para los consumidores¹²⁷. El Informe asume que las *GAFAs* (y sólo ellas) han incurrido en prácticas anticompetitivas como el auto favorecimiento de sus productos (es decir, aprovechar su condición de guardianes de acceso para favorecer discriminatoriamente a sus propios productos frente a aquellos de sus competidores), la adquisición de empresas de nueva creación para eliminar su capacidad competitiva del mercado

¹²⁴ A. ACQUISTI, “*Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*”, *Digital Enlightenment Yearbook*, 2012.

¹²⁵ Decisión del BGH (Bundesgerichtshof) de 23 de junio de 2020, *Facebook*, KVR 69/19.

¹²⁶ R. PODSZUN, “Facebook: Next Stop Europe”, *D’Kart blog*, 25 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/> (última consulta el 30 de noviembre de 2021)

¹²⁷ M. LÓPEZ-GALDÓS, “The HJC Report on the Future of the U.S. Competition System: Part 1”, *Disruptive Competition Project*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.project-disco.org/competition/100620-the-hjc-report-on-the-future-of-the-u-s-competition-system-part-1/> (última consulta el 30 de noviembre de 2021).

(*killer acquisitions*, en los términos del ámbito del control de concentraciones), el uso indebido de los datos recopilados y la creación de barreras de entrada en el mercado.

113. Para resolver estos problemas de competencia que en apariencia atañen exclusivamente a las *GAFAs*, el Informe propone revisar el sistema de competencia y la jurisprudencia existentes frente a la inmunidad antimonopolio de estas grandes empresas tecnológicas, ya que las autoridades de competencia en los EE.UU. no han podido frenar estas prácticas anticompetitivas hasta el momento, también por una falta acuciante de recursos materiales y humanos.

A) El DOJ (y otros Estados) c. Google

114. Poco después de la publicación de este Informe, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ en adelante) presentó una demanda contra *Alphabet Inc.*, la empresa matriz de *Google*, por *monopolización*¹²⁸.

115. El núcleo de la demanda estriba en los contratos de distribución exclusiva consistentes en el favorecimiento de su propio buscador, firmados tanto con *Apple* respecto de sus dispositivos *iOS* como con aquellos de su propio sistema operativo *Android*¹²⁹. Estos pactos, según lo planteado por el DOJ, otorgarían una ventaja injustificada a *Google* e impedirían la entrada al mercado de sus competidores, afianzando así su situación cuasi-monopolista (recordemos que *Google* tiene en EE. UU. una cuota en torno al 90% en el mercado de las búsquedas online).

116. El punto de partida de la demanda del DOJ, y aquí es patente el paralelismo con el planteamiento asumido por la CE en la DMA, es que *Google* es un guardián de acceso y además monopolista en el marco de Internet. En la línea que esbozamos anteriormente, el DOJ parte de que *Google* ostenta un «*poder monopolístico*», tanto en el mercado de búsquedas generales en Internet como en el de la publicidad online derivada de búsquedas, así como en el mercado de los anuncios de texto en los Estados Unidos. Es decir, es un operador dominante en todos estos mercados. Por tanto, a través de los contratos de distribución exclusiva que apuntábamos, el DOJ señala que «*al restringir la competencia en el mercado de las búsquedas generales, la conducta de Google ha perjudicado a los consumidores reduciendo la calidad de estos servicios (...), reduciendo su capacidad de elección e impidiendo la innovación*». Naturalmente, la empresa se aprestó a calificar la demanda como infundada¹³⁰, y que no beneficiaba a los consumidores, y ha sido ya objeto de múltiples análisis¹³¹.

117. A diferencia de la UE, que lleva años persiguiendo y sancionando este tipo de conductas presuntamente anticompetitivas llevadas a cabo por las *GAFAs*, la demanda del DOJ contra *Google* es la primera gran ofensiva de este tipo en un par de décadas, y sin duda ha abierto la veda a otras posteriores, como la presentada contra *Facebook* pocos días después, esta vez por la FTC¹³².

¹²⁸ United States District Court for the District of Columbia, Complaint *United States of America, State of Arkansas, State of Florida, State of Georgia, State of Indiana, Commonwealth of Kentucky, State of Louisiana, State of Mississippi, State of Missouri, State of Montana, State of South Carolina and State of Texas v. Google LLC*, filed 20 October 2020, Case 1:20-cv-03010.

¹²⁹ Esta parte del expediente es exactamente igual al seguido en la UE años antes: Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018, *Google Android*, Case AT.40099, C(2018) 4761 final.

¹³⁰ Public policy – Google (Kent Walker, SVP of Global Affairs): “A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers”, 20 de octubre de 2020.

¹³¹ *Vid.*, entre otros, D. GERADIN, “The U.S. v. Google: A preliminary analysis in ten points”, *The Platform Law Blog*, 21 de octubre de 2020, disponible en: <https://theplatformlaw.blog/2020/10/21/the-u-s-v-google-a-preliminary-analysis-in-ten-points/> amp/ (última consulta el 30 de noviembre de 2021).

¹³² United States District Court for the District of Columbia, Complaint for injunctive and other equitable relief, filed 13 January 2021, *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, Case No.: 1:20-cv-03590.

B) La Federal Trade Commission c. Facebook: un viaje de ida y vuelta

118. En la denuncia planteada por la FTC, esta afirma que *Facebook* ha mantenido una posición dominante en el mercado de las redes sociales personales en Estados Unidos desde 2011, con una cuota de mercado de más del 60%.

119. Cabe reseñar que el mercado de las redes sociales tiene barreras de entrada especialmente altas dados sus efectos de red (una red se vuelve más atractiva a medida que un mayor número de nuestros amigos y familiares se unen a ella, por lo que resultará necesariamente menos atractivo este mercado para nuevos entrantes a él que no contarán con este número de usuarios).

120. A continuación, la FTC describe la forma en la que compite la red social en el mercado; por ejemplo, son especialmente relevantes en el modelo de negocio de *Facebook* la experiencia del usuario, la funcionalidad y las opciones de protección de la privacidad. El modelo de negocio de *Facebook* se centra en la publicidad basada en los datos personales de los usuarios que recoge la compañía y que modela su experiencia en la red social, prácticamente de forma única. De hecho, la empresa admite que obtiene prácticamente «*todos sus ingresos de la venta de espacios publicitarios a los anunciantes*». En 2019 *Facebook* generó casi 70.000 millones de dólares por el cobro a sus anunciantes por el acceso a *Facebook* e *Instagram*.

121. Partiendo de esta posición dominante de *Facebook* en el mercado de las redes sociales personales, la FTC denuncia su estrategia anticompetitiva consistente en la adquisición de dos de sus competidores potenciales; de *Instagram* en 2012 y de *WhatsApp* en 2014. Ambas redes sociales estaban llamadas a ocupar un papel muy relevante en este mercado, por lo que *Facebook* las identificó como una amenaza y las adquirió para evitar tener que competir con ellas en un futuro próximo. La FTC, además, subraya que, durante este periodo, ambas redes sociales podrían haber ganado poder de mercado, a pesar de los efectos de red que *Facebook* poseía por su propia dimensión y, por lo tanto, las subsume en la lógica de las *killer acquisitions*. No obstante, cabe señalar que, desde una perspectiva puramente empírica, la capitalización del 75% de este tipo de inversiones se realizan con éxito por vía de absorción, como sucede en el supuesto que nos atañe, y no vía salida a Bolsa¹³³.

122. Es especialmente clamoroso en la demanda de la FTC, la inclusión de un correo electrónico de 2008 de Mark Zuckerberg en el que afirmaba que «*es mejor comprar que competir*». El correo electrónico es anterior a ambas compras, lo que evidencia que ambos movimientos eran parte de una estrategia anticompetitiva. Por último, como cierre de esta estrategia, además, *Facebook* restringió el acceso de terceros, en su mayoría desarrolladores de software a las aplicaciones del grupo. Según la FTC, *Facebook* ha estado aplicando condiciones anticompetitivas en el acceso a las interconexiones de su plataforma (como la aplicación de interfaces de programación que están disponibles para las aplicaciones de software de terceros) y se refiere para ello a documentos internos de *Facebook* (principalmente correos electrónicos de altos ejecutivos, incluyendo de Mark Zuckerberg, con afirmaciones del estilo de «*Instagram se ha convertido en un competidor grande y viable para nosotros en lo que respecta a las fotos móviles*» o «*[WhatsApp] es la mayor amenaza para nuestro producto que he visto en mis 5 años aquí en Facebook...*»).

123. Parece, por tanto, que la estrategia comercial que se le achaca a *Facebook* causó un daño real tanto a los consumidores al privarles de la posibilidad de acceder a redes sociales alternativas, como a los anunciantes por la pérdida de oportunidades de negocio al subsumirse las tres redes sociales bajo la misma matriz de *Facebook*. En consecuencia, y siempre según la FTC, los usuarios de las redes sociales personales en EE.UU. se han visto privados de las eficiencias generadas por la competencia en ese mercado, tales como la innovación, las mejoras de la calidad y las opciones de los consumidores.

¹³³ N. PETIT Y D.J. TEECE, “Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: Favoring Dynamic Over Static Competition”, *Industrial and Corporate Change*, marzo 2021, pp. 1-31 (pp. 28-31).

124. De todo ello se desprende que el *Big Data* y las formas en que se utiliza en el modelo de negocio puede influir en el daño competitivo que se genere. Como hemos comprobado analizando algunos de los principales casos analizados por las autoridades de competencia comunitaria, alemana y estadounidense, no se trata de una “caza de brujas” a las *GAFAs* por el simple hecho de ser *gatekeepers* en el mercado, sino que advertimos un tratamiento distinto de la materia por cada una de ellas con la que las autoridades tratan de remediar los grandes abusos potenciados por los efectos de red de estas grandes empresas tecnológicas.

125. La desestimación de la demanda en sede preliminar del juez de Washington James Boasberg el pasado 28 de junio de 2021 se basó en la incorrecta definición de la posición dominante de *Facebook*. Ello llevó a que el pasado 17 de noviembre de 2021, la autoridad *antitrust* norteamericana planteara una segunda demanda, por lo que, como puede apreciarse, el litigio está lejos de concluir¹³⁴.

V. Conclusiones

126. Tradicionalmente se han considerado los datos desde su vertiente moral o personal, y por tanto como objeto de protección en cuanto derecho fundamental de la persona. Sin embargo, la digitalización de la economía y los mercados, y muy especialmente la entrada en escena de las grandes plataformas digitales, cuyo modelo de negocio reside en parte en la monetización de dichos datos, han puesto de relieve su otra vertiente, la económica o patrimonial. La protección de ambas vertientes, la personal y la económica, está a cargo principalmente de autoridades administrativas -de protección de datos y de competencia, respectivamente-, que necesariamente han de coordinar su análisis y evaluación de conductas de las empresas en el mercado y respecto de los ciudadanos.

127. En efecto, el *Big Data* es ya un *input* más en el proceso productivo de las plataformas digitales, y está llamado a ocupar un papel imprescindible en los modelos de negocio de las empresas que operan en este ecosistema digital, así como en la labor de los Gobiernos y las instituciones públicas en la protección de los bienes que tienen encomendados, desde la propia democracia hasta la salud de los individuos. Aunque los datos no generan *per se* un valor económico por su mera posesión, sí lo hace su procesamiento y tratamiento a través de sistemas de inteligencia artificial, y cuyos resultados pueden interferir en el derecho fundamental de protección de sus datos personales. La necesidad de esta protección ha recibido plasmación normativa tanto en nuestro texto constitucional, los textos fundacionales de la Unión Europea, así como en su regulación en forma de Derecho derivado mediante el RGPD.

128. De esta forma, la sociedad digital y los procesos y sistemas técnicos, que cada vez aparecen con una mayor frecuencia en la forma de nuevas aplicaciones tecnológicas que vienen a facilitar nuestra vida diaria, entrañan toda una serie de riesgos a los que, partiendo de la necesaria protección de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, las autoridades deben atender y responder adecuadamente. Hasta el momento, a pesar de que el RGPD ha colmado algunas de las lagunas que existían en la normativa de protección de datos, como, por ejemplo, a través de la eficacia extraterritorial de sus disposiciones, el legislador comunitario ha olvidado hasta el momento el proceso más peligroso que debe quedar regulado en el futuro próximo: los sistemas de inteligencia artificial. No en vano el pasado 21 de abril de 2021 la CE publicó su propuesta de Reglamento sobre la IA.

129. A pesar de las lagunas -o, en ocasiones, los pronunciamientos contradictorios- que hemos advertido, las autoridades de protección de datos y las autoridades de competencia aún no han encontrado la forma en la que trabajar en paralelo para atajar el procesamiento y tratamiento masivo de los

¹³⁴ United States District Court for the District of Columbia, Plaintiff Federal Trade Commission’s Memorandum of Law in Opposition to defendant Facebook, Inc.’s motion to dismiss amended complaint, filed 17 November 2021, *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc.*, Civil Action No. 1:20-cv-03590 (JEB).

datos personales de los usuarios de la gran mayoría de empresas del mundo, tal vez por las imprecisiones metodológicas de sus análisis o por una falta de herramientas a su disposición para hacerlo. Un primer conato de “entendimiento” conjunto de ambas perspectivas lo encontramos en las dos propuestas de Reglamentos aprobadas el pasado 15 de diciembre de 2020, la DSA y la DMA, que aspiran a construir un Mercado Único Digital, respetuoso con los derechos fundamentales y la privacidad de los ciudadanos europeos, a la vez que un eficaz aprovechamiento del potencial económico que la digitalización de las empresas y servicios ofrece.

130. Con todo y con ello, hemos señalado tres grandes oportunidades que las autoridades de competencia han tenido para tratar de integrar la normativa de protección de datos, aunque sea solapadamente, en sus análisis y valoraciones de las conductas de las empresas, con el fin de proteger el bienestar del consumidor, que también es objetivo último del Derecho de la competencia. En primer lugar, la adquisición de *Fitbit* por parte de *Google* supuso una sacudida en el ámbito del análisis del control de concentraciones, y la decisión de la Comisión Europea autorizando la operación ha sido muy cuestionada, toda vez que permite al gigante norteamericano la adquisición de ingentes datos de salud de los ciudadanos, con la posible afectación tanto de su derecho a la protección de sus datos personales como de la competencia en el mercado. En segundo lugar, también hemos examinado en detalle el periplo de *Facebook* en sede alemana, en el que la autoridad de competencia construyó su teoría del daño anticompetitivo con base en el incumplimiento del RGPD por la política de privacidad de la popular red social. Por último, hemos estudiado los embates que en la actualidad afrontan tanto *Google* como *Facebook* en los EE.UU. igualmente por su política de privacidad, así como por la estrategia competitiva que han seguido para eliminar a su competencia actual o potencial en el mercado.

131. Todo ello nos conduce a afirmar que es necesaria, una vez ya comprobado el valor económico del *Big Data* en los nuevos modelos de negocio de esta también nueva economía, que se produzcan esas sinergias que proponemos entre autoridades de competencia y autoridades de protección de datos, con tal de evitar decisiones que no estén fundamentadas estrictamente en datos empíricos y que realmente atiendan a las necesidades actuales de protección de los datos personales de los usuarios, a pesar de que se produzca, *de facto*, la *privacy paradox*.

¿ADIÓS JUSTICIA ARBITRAL, ADIÓS? EL FOMENTO DE LA FIGURA DE LA DESESTIMACIÓN TEMPRANA DE LA DEMANDA (“EARLY DISMISSAL”) COMO SÍNTOMA*

GOODBYE ARBITRATION JUSTICE? THE PROMOTION OF THE EARLY DISMISSAL OF A CLAIM AS A SYMPTOM

CARLOS ESPLUGUES MOTA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat de València*

Recibido:06.11.2021 / Aceptado:22.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6683>

“Please tell me who I am”
The logical song, Supertramp (1979)

Resumen: La desestimación temprana de la demanda es una figura consolidada en el arbitraje de inversiones que, en los últimos tiempos, está en fase de extrapolación al arbitraje comercial internacional. No se trata de un proceso ni neutro ni intrascendente, generando todo tipo de dudas y críticas, como lo demuestran los amplios debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI en relación con ella. En la discusión subyace la tensión entre la búsqueda de la máxima eficiencia en el proceso arbitral, y la salvaguarda del derecho de las partes a hacer valer plenamente sus derechos, y al debido proceso. Así como el interrogante de importar en el arbitraje instituciones procesales anglosajonas que pueden acabar incidiendo negativamente en algunas de las virtudes que han acompañado a la institución hasta nuestros días.

Palabras clave: desestimación temprana de la demanda, proceso arbitral acelerado, eficiencia arbitral, CIADI, UNCITRAL

Abstract: The early dismissal of the claim is fully accepted in investment arbitration and currently is also in the way to be accepted in international commercial arbitration. This option is not neutral, and generates all kinds of doubts and criticisms, as the extensive and inconclusive discussions held as regards it at the WGII of UNCITRAL manifests. The debate shows the tension between the quest for the maximum efficiency in the arbitration process and the safeguard of the right of the parties to fully enforce their rights and due process. As well as the issue of importing Anglo-Saxon procedural institutions into arbitration which may end up having a negative impact on some of the virtues that have accompanied the institution so far.

Keywords: early dismissal of claims, accelerated arbitration procedure, arbitrations’ efficiency, ICSID, UNCITRAL

Sumario: I. A la búsqueda del “iron triangle” arbitral. II. La desestimación temprana: una realidad presente, de forma aislada, en el plano normativo arbitral. 1. La desestimación temprana en la

*Artículo elaborado en el marco del Proyecto de investigación PROMETEO GVA 2018/111.

práctica de distintos tribunales internacionales. A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B) El Tribunal Internacional de Justicia. C) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 2. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI como paradigma. A) La práctica arbitral del CIADI previa a 2006, en la que se sustenta el modelo. B) La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI. C) La aplicación práctica de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. a) La Regla 41.5 cuenta con una naturaleza subsidiaria. b) La expresión “mérito jurídico” presente en la Regla 41.5 cubre, tanto la ausencia de fundamentos jurídicos de la reclamación, como la incompetencia del tribunal. c) El Tribunal debe constatar la ausencia manifiesta de fundamentos jurídicos de la reclamación. d) Favoreciéndose la articulación de un standard interpretativo elevado dotado, además, de una doble dimensión: sustantiva y procesal. e) Lo que se refleja en el diseño del modelo, que mantiene silencio sobre su articulación procesal. f) Y en el que se exige, en todo caso, el respeto al derecho al debido proceso de las partes. g) Correspondiendo la carga de la prueba a quien excepciona. h) Al verificar la ausencia manifiesta de méritos legales, la decisión del tribunal debe basarse en los fundamentos jurídicos y no en los hechos del caso, lo que no es sencillo dada su interrelación. i) El tribunal asumirá, de partida, como válidos los aportes fácticos realizados por el demandante. j) La verificación de la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica. k) En todo caso, el tribunal deberá resolver prontamente sobre la excepción. D) La doble lectura de una Regla consolidada y con vocación de extrapolarse al arbitraje comercial internacional. 3. La limitada aceptación de la figura al ámbito del arbitraje comercial internacional. A) Atribución expresa del poder a los árbitros. B) Admisión desarrollada en el Reglamento arbitral. a) La Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules 2016* y la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules 2017*. b) El artículo 43 de las *HKIAC Administered Arbitration Rules*. c) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC y el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC. d) El artículo 26 de la *CIETAC Investment Arbitration Rules*. C) La existencia de notas o guías de apoyo al tribunal arbitral. III. Los trabajos de la CNUDMI en relación con la desestimación temprana de la demanda como ejemplo de la tensión que acompaña a la potencial aceptación de la figura en el ámbito del arbitraje comercial internacional. IV. ¿La fuerza del destino?

I. A la búsqueda del “iron triangle” arbitral

1. En un conocido artículo, William W. Park hace referencia al anuncio existente en el escaparate de un zapatero de Boston, en el que aparecía un triángulo equilátero con tres opciones en sus ángulos: “fast service, low price, high quality”, añadiendo “Pick any two”¹. Esta referencia al “fast, good, cheap”, el famoso “project management triangle”², se hace igualmente patente en el ámbito del arbitraje comercial internacional, que confronta en estos momentos un dilema similar al que afrontaría cualquier cliente del zapatero bostoniano; diseñar soluciones que combinen la rapidez y accesibilidad, con la salvaguarda de la justicia y la previsibilidad del resultado. Ese “magic triangle” arbitral al que refiere la doctrina³.

2. El arbitraje comercial internacional constituye hoy una realidad consolidada, cuya pujanza, sin embargo, se ve sometida a crecientes críticas. La calificada –muy gráficamente– como “americanización”⁴ acelerada que está sufriendo la institución afecta de manera directa –y generalmente negativa– a algunas de las virtudes que lo han caracterizado tradicionalmente, tornándolo en una suerte de “new litigation”⁵; en la que, se procede –de forma habitual– a emular el proceso desarrollo ante los tribunales estatales, fomentándose la creación de una suerte de “arbitration-formality”⁶, en línea con aquel.

¹ W.W. PARK, “Arbitrators and Accuracy”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n.º. 1, 2010, p. 28.

² Al respecto, J. POLLACK, J. HELM Y D. ADLER, “What is the Iron Triangle, and How Has It Changed?”, *International Journal of Managing Projects in Business*, vol. 11, n.º. 2, 2018, p. 527 y ss.

³ Vid., J. KIRBY, “Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º. 6, 2015, pp. 690-693.

⁴ E. SUSSMAN, “The New York Convention Through a Mediation Prism”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 15, n.º. 4, 2009, p. 10.

⁵ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration: The ‘New Litigation’”, *University of Illinois Law Review*, n.º. 1, 2010, p. 1 y ss. Igualmente, J. NOLAN-HALEY, “Mediation: The ‘New Arbitration’”, *Harv. Negot. L.Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 66-73.

⁶ Se habla así, de que el arbitraje “mimic court processes”, tal como señala el QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*, 2021, p. 14 (Disponible en: <http://www.arbitration.com>).

3. Ello desemboca en un proceso arbitral que remeda de manera acelerada a los tribunales estatales, y que resulta, crecientemente ineficiente debido a su lentitud, complicación y aumento exponencial del volumen documental. Lo que, amén- de generar un incremento en los costes y en la duración de los procesos arbitrales⁷, favorece una correlativa percepción de pérdida de previsibilidad y certeza en sus resultados⁸. Un proceso que, además, se va paulatinamente judicializando, como patentiza el hecho de que las medidas adoptadas, tanto por los árbitros, como por las instituciones arbitrales sean, cada vez más, impugnadas ante los tribunales estatales, en múltiples lugares⁹.

4. Esta situación presenta una sintomatología plural. Cuenta, así, con un impacto directo en el pujante debate sobre la institución: sobre su filosofía, principios y objetivos como mecanismo protagonista de resolución de las disputas comerciales internacionales. Y se encuentra, también, en la base del aumento en el recurso, de manera independiente o en conjunción con el arbitraje, a otros mecanismos de resolución de controversias como puedan ser la negociación y la mediación¹⁰. La ascendente percepción de que el recurso a ellos, antes de referir la eventual disputa a arbitraje, facilita la posibilidad de alcanzar una solución más rápida y económica es, precisamente, uno de los argumentos que fundamentan este cambio¹¹. E, igualmente, se refleja en el incremento sostenido en la oferta, por parte de las distintas instituciones arbitrales, de procesos arbitrales sumarios -calificados generalmente como abreviados o acelerados-, bien diseñados específicamente para materias concretas -deporte¹², nombres de dominio¹³ o construcción¹⁴-, o pensados con un carácter general; que, en todo caso, coinciden en la forma diversa de su articulación¹⁵.

qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/ , tanto éste, como el resto de enlaces usados en este artículo fueron revisados por última vez con fecha 30.10.2021).

⁷ Interesante al respecto resulta B. KOVACS, “Efficiency in International Arbitration: An Economic Approach”, *Am. Rev. Int’l. Arb.*, vol. 23, n.º. 1, 2012, p. 155 y ss. Nótese, igualmente, C. ESPLUGUES MOTA, “Quo Vadis Arbitratio?”, en S. BARONA VILAR (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 412-416.

⁸ “If arbitration is to commit suicide, it will do so of its own choosing, because the parties have chosen to make it more expensive, time-consuming and more like litigation”, S. SEIDENBERG, “International Arbitration Loses Its Grip”, *ABA Journal*, 1.4.2010, disponible en: https://www.abajournal.com/magazine/article/international_arbitration_loses_its_grip/

⁹ CNUDMI, Doc. A/CN.9/959, de 30.4.2018, *Posible labor futura. Propuesta de los Gobiernos de España, Italia y Noruega: labor futura del Grupo de Trabajo II*, 51er período de sesiones Nueva York, 25.6 a 13.7.2018, paras. 5 y 6, pp. 2 y 3.

¹⁰ 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, n.º. 1, 2020, p. 54. Sobre la mediación y las ventajas que comporta vid., S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 76-79 o A.I. PRIBETIC, “The “Third Option”: International Commercial Mediation”, *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 1, n.º. 4, 2007, vol. 1, pp. 576-578. En este último sentido, la encuesta que periódicamente elabora el Queen Mary College junto con White & Case da muestra de ello, al constatar el aumento sostenido en el apoyo que recibe la opción de combinar el arbitraje con otros mecanismos ADR, como medio de solución de controversias comerciales internacionales. Una opción que ha ascendido 25 puntos en sólo 6 años -del 34% de 2015, al 49% de 2018, hasta el 59% de 2021- y que viene acompañada por la correlativa reducción -hasta el 31% de los encuestados- de la opción favorable a la remisión en exclusiva al arbitraje, QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit., p. 5.

¹¹ QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit., p. 6.

¹² Así, el Código de arbitraje deportivo del *Tribunal Arbitral du Sport* (disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021_ESP_.pdf) en vigor desde el 1.1.2021, prevé en varias ocasiones, en el Reglamento de Procedimiento -R44.4 y R52- la posibilidad de que, con el consentimiento de las partes, se pueda recurrir a un procedimiento acelerado.

¹³ Nótese en tal sentido, el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI, en vigor desde el 1.7.2021 (disponible en: <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/expressed-rules/index.html>).

¹⁴ Nótese, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*, de 2000, Cap. VI, “Solución de controversias”, p. 194 (disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/pfip-s.pdf>).

¹⁵ Al respecto, considérese, *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, (disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/responses_to_questionnaire_30_january_2020.pdf) o INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA), *Overview of Selected Expedited Arbitration Provisions by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*, (disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview_of_selected_expedited_arbitration_provisions.pdf). Igualmente, CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución de controversias comerciales - Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 69º período de sesiones, Nueva York, 4 a 8.2.2019, p. 3, nota a pie n.º. 9.

5. Así, en algunos casos se incorporan disposiciones aisladas sobre esta tipología de arbitrajes¹⁶. Mientras que, en otras ocasiones, la regulación de esta categoría de procesos arbitrales se articula a través de un anexo o parte específica dentro del reglamento arbitral¹⁷, o se opta por diseñar un juego separado de normas¹⁸. Existiendo, igualmente, reglamentos que conjugan normas en su seno, y un anexo en la materia¹⁹.

6. Adicionalmente a esta oferta de procesos arbitrales acelerados se ha optado, en ocasiones, por la elaboración de algún “*arbitration toolbox*”²⁰, o por la redacción, por parte de ciertos centros arbitrales, de estudios tendentes a adaptar los procedimientos arbitrales a la específica tipología de casos, buscando maximizar la eficiencia del proceso arbitral²¹. Lo que redundaría en una aplicación más estricta de los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones arbitrales, con una especial atención a la apuntada eficiencia del proceso, y a la posible adaptación de éste al caso concreto.

7. Con todo, la pluralidad de opciones y la variación de su articulación formal no oculta la existencia de una cierta simetría en las respuestas aportadas. Con independencia de su forma, orquestan un conjunto de medidas tendentes a reducir tiempo y costes, favoreciendo “i) el establecimiento de plazos

¹⁶ Así ocurre, por ejemplo, con el arts. 62 y 64 del Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia (2021); el art. 45 de las Reglas de Arbitraje y Mediación (2021) del *Vienna Arbitration International Centre*; el Cap. VII del Reglamento de Arbitraje (2019) del *Russian Arbitration Center* (arts. 63 a 68); los arts. 9A y 9C del Reglamento de Arbitraje (2014) de la *London Court of International Arbitration* (LCIA); el Cap. 4 del Reglamento de Arbitraje (2015) de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) (arts. 56-64); la regla 5 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC); la Sec. 6.2.1 del Reglamento de Arbitraje (2016) del *ADR Institute of Canada* (ADRIC); los arts. 34-36 del Reglamento de Arbitraje (2005) del *Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo Chamber of Commerce*; la Sec. 30 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Arbitration Court attached to the Czech Chamber of Commerce and the Agricultural Chamber of the Czech Republic*; el art. 29 del Reglamento de Arbitraje (2020) del *Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (CEPANI); el art. 52 del Reglamento de Arbitraje (2020) de la Corte de Arbitraje de Madrid; el art. 33 del Reglamento de Arbitraje (2017) del *Arbitrators and Mediators Institute of New Zealand* (AMINZ); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje Institucional (2018) del *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC); el art. 42 del Reglamento de Arbitraje (2021) del *Swiss Chamber's Arbitration Institute* (SCAI) o el Capítulo VII (arts. 54-60) del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Beijing Arbitration Commission / Beijing International Arbitration Centre* (BAC/BIAC). Al respecto, nótese tanto respecto de esta nota como de las dos siguientes, el ya mencionado documento *Responses to the UNCITRAL questionnaire on expedited arbitration*, pp. 4-15.

¹⁷ Vid. en tal sentido, el Anexo D –“*The simplified arbitration procedure*”- del Reglamento de Arbitraje (2020) de la *Milán Chamber of Commerce*; el Anexo 4 del Reglamento de Arbitraje (2018) del *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS); el Cap. 6 de Reglamento de Arbitraje Internacional (2016) del *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB); el Anexo 1 del Reglamento de Arbitraje (2019) de la *Court of Arbitration attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry* o el Anexo III del Reglamento de Arbitraje (2016) del *Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Center* (LACIAC).

¹⁸ Por ejemplo, las *Rules for Expedited Arbitration* (2017) del *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC); las *Fast Track Administered Arbitration Rules* (2020) del *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*; las *Cost Controlled Arbitration Rules* (2018) del *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb); las *Fast Track Arbitration Rules* (2018) del *Asian International Arbitration Centre* (AIAC); el Reglamento de Arbitraje acelerado (2021) del *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA); las *Expedited Arbitration Rules* (2017) de la *ADR Chambers*; las *Expedited Arbitration Rules* (2020) de la *Finland Chamber of Commerce*; el Reglamento de *Arbitragem Rápida* (2021) del *Centro de Arbitragem da ACL-CCIP* o las *Rules of Simplified Arbitration* (2013) del *Danish Institute of Arbitration*.

¹⁹ Así, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje (2021) de la CCI, el art. 30 sobre Procedimiento abreviado, se acompaña de un Apéndice VI sobre Reglas de procedimiento abreviado.

²⁰ “... intended to assist arbitration practitioners in the organization and conduct of arbitration proceeding” ASA Arbitration toolbox (disponible en: <https://toolbox-int.arbitration-ch.org/toolbox/framework>). Considérese, igualmente, la *Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI*, elaborada por la CCI en 2019 (disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf).

²¹ Así, por ejemplo, son de destacar las Directrices de la CCI sobre *Conducción eficaz del Arbitraje. Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes* (disponible en: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>). Así ha ocurrido en el seno de la CCI con la elaboración del Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional sobre *Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje. Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje* (disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf>, 2ª ed., 2018) o, en el marco de la *London Court of International Arbitration*, de los estudios orientados a controlar el tiempo y los costos del arbitraje (disponible en: <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>).

estrictos para ambas partes para el nombramiento del tribunal arbitral o la presentación de escritos y para el tribunal arbitral, para dictar el laudo; y ii) la limitación de actos procesales, por ejemplo, la reducción del número de escritos y restricciones a las audiencias²². Todo ello, buscando un superior grado de “eficiencia” en el desarrollo del arbitraje²³ y, de esta forma, un mayor nivel de satisfacción de todos los involucrados²⁴. Una tendencia encomiable, y necesaria, que, sin embargo, debe necesariamente conjugarse con el imprescindible respeto de los derechos procesales de las partes y de sus expectativas jurídicas²⁵.

8. Este envite por una institución que resulte más rápida y accesible se encuentra en la base de los trabajos que en los últimos años ha desarrollado la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado²⁶; y que ha conducido a la aprobación de las Reglas de Arbitraje acelerado de la CNUDMI en 2021²⁷.

9. Precisamente, en este entorno de búsqueda de la eficacia arbitral, plasmada en la reducción de costes y duración, se plantea de manera creciente, también en el seno de la CNUDMI, la temática de la atribución al árbitro de la potestad de desestimar –al menos- la demanda planteada en una fase inicial del proceso arbitral. Una figura -la del “*early dismissal*”- presente en la agenda de distintas instituciones arbitrales en los últimos años²⁸, a través de la que, por un lado, se permite a una parte, generalmente el demandado, presentar una excepción al tribunal arbitral solicitando la desestimación temprana de la reclamación presentada. Dotándole, correlativamente, del poder explícito de proceder a ello en el caso de considerar que la demanda carece, de forma manifiesta, de fundamentación jurídica²⁹. Se trata, en suma, se dice, de coadyuvar al éxito del arbitraje evitando la continuidad de “*frivolous claims*”, entendiéndose por tales a aquellas que no son “*legally tenable and as such ... worthless*”³⁰.

10. Esta apuesta por la eficiencia arbitral, empero, plantea cuestiones de toda índole en cuanto a su concreta articulación; aflorando igualmente la tensión subyacente entre la búsqueda de la máxima celeridad en el proceso arbitral, y la necesaria salvaguarda de la seguridad jurídica, de las expectativas de las partes y de su derecho a la tutela judicial efectiva³¹. A la vez que permite profundizar en el debate sobre el arbitraje, y su pervivencia como mecanismo protagonista de la resolución de controversias comerciales internacionales.

²² CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., par. 6, p. 3.

²³ Sobre la exigencia de lograr la máxima eficiencia en el arbitraje, nótese, G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy and Default Rules: Reframing the Debate Over Summary Disposition in International Arbitration”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n.º. 2, 2010, pp. 20-21.

²⁴ En relación con el significado de “eficiencia” en el arbitraje, y sobre la necesidad de aceptar que su logro depende mayoritariamente del papel jugado por el árbitro, vid., J. KIRBY, “Efficiency”, cit., p. 693 y ss. En esta misma línea, vid. J. WERNER, “The Arbitrator as Master of Time”, *J. World Inv. & Trade*, vol. 12, n.º. 2, 2011, p. 299 y ss.

²⁵ Al respecto, vid. entre otros, S. BARONA VILAR, *Nociones y principios*, cit., pp. 29-31; S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis de las ADR retos en la sociedad global del siglo XXI”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, n.º. 1, 2020, p. 7, 8 y 9/22.

²⁶ Al respecto, vid. https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration. Sobre los trabajos realizados, nótese, C. ESPLUGUES MOTA, “Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje y el mantra de la celeridad”, *Revista Argentina de Arbitraje*, n.º. 5, 2020, p. 1 y ss. o 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, p. 79 y ss.

²⁷ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 54º período de sesiones (28 de junio a 16 de julio de 2021)*, Doc. A/76/17, Septuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17, pp. 38-39, n.º. 189.

²⁸ No deja de ser relevante en cuanto a la presencia real de una necesidad sentida de su articulación normativa, que el mencionado informe de 2021 del Queen Mary College y White & Case en momento alguno haga referencia a ella (QUEEN MARY / WHITE & CASE, *2021 International*, cit.).

²⁹ T.B. (D) DUONG, “The Evolution of Summary Procedure in Investment Arbitration: Past, Present and Future”, *Arbitration International*, vol. 37, 2021, p. 36.

³⁰ K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims in the International Investment Regime: How CETA Expands the Range of Frivolous Claims that May be Curtailed in an Expedient Fashion”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, vol. 17, 2017, p. 1.

³¹ Vid. CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.212, de 21.11.2019, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 71er período de sesiones, Nueva York, 3 a 7.2.2020, pp. 24-26, nn.º. 110-113.

II. La desestimación temprana: una realidad presente, de forma aislada, en el plano normativo arbitral

11. La figura de la desestimación temprana cuenta con alguna presencia aislada en la normativa internacional y, también, en el ámbito interno; especialmente en los países de *common law*. En este último entorno viene, por ejemplo, recogida en la Rule 12(b)(6) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de América³², que habla de la posibilidad de excepcionar la “*failure to state a claim upon which relief can be granted*”, o en la Part 24 –“*Summary Judgment*”- de las *Civil Procedure Rules* inglesas³³. Ambas constituyen un ejemplo manifiesto, y bien conocido en la práctica, que se reproducen con variantes y grados diversos de aceptaciones en algunos otros ordenamientos jurídicos del mundo, generalmente de base anglosajona³⁴. Y que, recordemos, juegan en el marco de un sistema procesal completo, dotado de la posibilidad de recurso a una instancia superior.

12. En el plano internacional, la institución de la *early dismissal* cuenta, igualmente, con un cierto reconocimiento. En tal sentido, y si bien su referente más conocido y significativo se encuentra en el arbitraje de inversiones -un arbitraje de naturaleza peculiar caracterizado por su condición híbrida³⁵-, lo cierto es que, por un lado, la práctica de distintos Tribunales internacionales hace mención a ella. Y, también, un número reducido, pero con un enorme protagonismo en este ámbito, de instituciones arbitrales admiten -de forma minoritaria y aislada- la figura en relación con el arbitraje comercial internacional.

1. La desestimación temprana en la práctica de distintos tribunales internacionales

13. A lo largo del tiempo, diversos tribunales internacionales han hecho referencia, de forma diversa y con distinta intensidad, a la figura del *early dismissal*: así ocurre, por ejemplo, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o con el Tribunal Internacional de Justicia. Igualmente, esta mención se reproduce en el específico ámbito del Derecho del Mar³⁶.

A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

14. Centrándonos en el primero de ellos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950³⁷, explicita en su artículo 35.3.a) la obligación del Tribunal de declarar “*inadmissible*” cualquier demanda que considere “*incompatible*

³² Fed. R. Civ. P. 12(b)(6). Al respecto, nótese, M.F. GUSY, “Saving Time and Cost - International Arbitration without a Hearing on the Merits?”, *ZDAR Abschiedsheft*, 2018, julio, pp. 36-37; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 24.

³³ En relación con ellas, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition Procedures in International Arbitration”, en ICLG, *The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2018*, Global Legal Group / CDR, 15 ed., Londres, 2018, p. 1; L. SAN ROMAN GUIJARRO, “Summary Disposition: The Only Way Out is Through”, *University of Miami Law Review*, vol. 66, n.º. 3, 2012, p. 889; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, pp. 25-26. Con respecto a su engarce con la *Arbitration Act*, nótese, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary Judgment in International Arbitrations Seated in England”, *Arbitration International*, vol. 33, 2017, pp. 64-67 y 76-78.

³⁴ Sobre la figura, véase, entre otros, Y. HAMABE, “Functions of Rule 12(b)(6) in the Federal Rules of Civil Procedure: A Categorization Approach”, *Campbell Law Review*, vol. 15, n.º. 2, 1993, p. 151 y ss. Una aceptación que, además, se produce, con más o menos claridad y amplitud, en algún otro ordenamiento jurídico nacional. Al respecto, J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural and Transparency-Related to the ICSID Arbitration Rules. Model Intentions, Moderate Proposals and Modest Returns”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, vol. 21, n.º. 2, 2009-2010, p. 235, nota 8; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 27, o K. POLONSKAYA, “Fivolous Claims”, *cit.*, p. 2.

³⁵ E. DE BRABANDERE, “The ICSID Rule on Early Dismissal of Unmeritorious Investment Treaty Claims: Preserving the Integrity of ICSID Arbitration”, *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 9, n.º. 1, 2012, p. 26.

³⁶ Otros ejemplos son estudiados en M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily”, *cit.*, vol. 3, n.º. 1, 2012, pp. 163-165.

³⁷ BOE de 10.10.1979.

con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva”; una noción, la de “manifiestamente mal fundada” que viene desarrollada y aclarada en la *Practical Guide on Admissibility Criteria* editada por el propio Tribunal de Estrasburgo³⁸. Tal como añade el numeral 4 del artículo 35.3.a), el Tribunal, que actúa de oficio y –recordemos- está compelido a ello, podrá proceder a la declaración de inadmisión en cualquier fase del procedimiento³⁹.

B) El Tribunal Internacional de Justicia

15. Por su parte, en segundo lugar, a pesar de carecer de una norma expresa -en su Estatuto o en su Reglamento- en relación con la desestimación temprana de las demandas, y aunque no pueda hablarse de una práctica unidireccional o taxativa en tal sentido⁴⁰, el Tribunal Internacional de Justicia ha afirmado, en materia de medidas cautelares⁴¹, que “(w)ithin a system of consensual jurisdiction, to maintain on the General List a case upon which it appears certain that the Court will not be able to adjudicate on the merits would most assuredly not contribute to the sound administration of justice”⁴².

16. De hecho, Sir Gerald Fitzmaurice, en su Opinión en el asunto Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom) al referir al procedimiento existente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “In the general international legal field there is nothing corresponding to the procedures found under most national systems of law, for eliminating at a relatively early stage, before they reach the court which would otherwise hear and decide them, claims that are considered to be objectionable or not entertainable or some a priori ground”⁴³. Y es, precisamente, esta ausencia “of any corresponding ‘filter’” lo que, en su opinión, hace “necessary to regard a right to take similar action, on similar grounds, as being part of the inherent powers or jurisdiction of the Court”⁴⁴.

17. No existe, empero, ningún caso en que se haya producido la desestimación por ausencia de fundamentos legales de la demanda planteada, y el debate ha quedado reducido al ámbito de la carencia de competencia para conocer de la disputa⁴⁵. En tal sentido, por ejemplo, en su Orden sobre medidas cautelares de 10 de julio de 2002, en el asunto Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), el Tribunal admite que “in the absence of manifest lack of jurisdiction, the Court cannot grant Rwanda’s request that the case be removed from the List”⁴⁶. Sin embargo, en su posterior Sentencia, de 3 de febrero de 2006, sobre la competencia del Tribunal y la admisibilidad de la solicitud, procede a desarrollar esta postura, afirmando que el Tribunal tan solo adoptará una posición sobre su competencia en relación con las solicitudes de medidas cautelares si aprecia una “manifest lack of jurisdiction”. Añadiendo que, en este supuesto, el tribunal “observes that, given the urgency which, ex hypothesi, characterizes the consideration of requests for the indication of provisional measures, it does not normally at that stage take a definitive decision on its jurisdiction. It does so only

³⁸ COUNCIL OF EUROPE: *European Court of Human Rights. Practical Guide on Admissibility Criteria*, Estrasburgo, 2021, pp. 71-77 (disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf)

³⁹ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 140-141. Igualmente, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2.

⁴⁰ Al respecto, CH. TOMUSCHAT, “Article 36”, en A. ZIMMERMAN y CH.J. TAMS (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, Oxford, OUP, 3ª ed., 2019, nº. 143.

⁴¹ Nótese, J.J. QUINTANA, *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 745.

⁴² Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Provisional Measures, Order of 2.6.1999, *ICJ Rep* 1999, p. 925, nº. 29. En el mismo sentido, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2.6.1999, *ICJ Rep* 1999, p. 773, nº. 35). En relación con estos supuestos, vid. J.J. QUINTANA, *Litigation*, *cit.*, p. 743.

⁴³ Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Judgment of 2.12.1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *ICJ Rep* 1963, p. 106.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 106-107.

⁴⁵ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, p. 142.

⁴⁶ Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10.7.2002, *ICJ Rep* 2002, p. 249, nº. 91.

*if it is apparent from the outset that there is no basis on which jurisdiction could lie, and that it therefore cannot entertain the case. Where the Court finds such a manifest lack of jurisdiction, considerations of the sound administration of justice dictate that it removes the case in question from the List ...)*⁴⁷.

C) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

18. Junto a estos dos ejemplos, también se encuentra una admisión aislada de la capacidad del órgano jurisdiccional de declararse incompetente en los estadios iniciales del caso -esta vez de oficio o a instancia de parte- en el artículo 294 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982⁴⁸, que afirma, en su apartado 1, que *“Cualquier corte o tribunal mencionado en el artículo 287 ante el que se entable una demanda en relación con una de las controversias a que se refiere el artículo 297⁴⁹ resolverá a petición de cualquiera de las partes, o podrá resolver por iniciativa propia, si la acción intentada constituye una utilización abusiva de los medios procesales o si, en principio, está suficientemente fundada”*⁵⁰.

2. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI como paradigma

19. Sin embargo, como decimos, el ejemplo paradigmático de la admisión de la figura de la desestimación temprana de la demanda -“*early dismissal*”-, y el que ha contado con una mayor visibilidad e impacto en el plano arbitral, es la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La primera en admitirla, en 2006, en el ámbito específico del arbitraje de inversiones, un sector -recordemos- dotado de una especial naturaleza y complejidad, y sometido a crecientes críticas y desarrollos⁵¹.

A) La práctica arbitral del CIADI previa a 2006, en la que se sustenta el modelo

20. Hasta 2006, año de la última revisión de las Reglas de Arbitraje de la CIADI⁵², el apartado 2 de la Regla 41.2 de éstas, intitulada *“Excepciones a la jurisdicción”*, se limitaba a reconocer al tribunal

⁴⁷ *“Where, on the other hand, the Court is unable to conclude that it manifestly lacks jurisdiction, it retains the case on the List and reserves the right subsequently to consider further the question of jurisdiction, making it clear, as it did in its Order of 10 July 2002, that ‘the findings reached by [it] in the present proceedings in no way prejudge the question of [its] jurisdiction . . . to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves’... The fact that in its Order of 10 July 2002 the Court did not conclude that it manifestly lacked jurisdiction cannot therefore amount to an acknowledgment that it has jurisdiction. On the contrary, from the outset the Court had serious doubts regarding its jurisdiction to entertain the DRC’s Application, for in that same Order it justified its refusal to indicate provisional measures by the lack of prima facie jurisdiction. In declining Rwanda’s request to remove the case from the List, the Court simply reserved the right fully to examine further the issue of its jurisdiction at a later stage”*. ICJ. Rep 2006, pp. 20-21, n.º. 25.

⁴⁸ BOE de 14.2.1997.

⁴⁹ En el que se reconoce a las partes la posibilidad de referir a *“c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII”* o a *“d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican”* (art. 297.1.c) y d)).

⁵⁰ Añadiendo el precepto que *“Cuando la corte o tribunal resuelva que la acción intentada constituye una utilización abusiva de los medios procesales o carece en principio de fundamento, cesará sus actuaciones”*. Todo ello, como afirma el ap. 3 de este art. 294, sin que nada de lo dispuesto en el artículo pueda afectar *“al derecho de las partes en una controversia a formular excepciones preliminares conforme a las normas procesales aplicables”*. Al respecto, considérese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, *“F frivolous Claims”*, *cit.*, p. 143-145; Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, *“F frivolous Claims”*, *cit.*, pp. 140-141; CH. CAHER y J. LIM, *“Summary Disposition”*, *cit.*, p. 2.

⁵¹ Al respecto, nótese E. DE BRABANDERE, *“The ICSID”*, *cit.*, pp. 23-24 y 26-27.

⁵² Sobre las anteriores reformas de las Reglas, vid. A.R. PARRA, *“The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n.º. 1, 2007, pp. 59-65 y p. 65 y ss. respecto de la reforma de 2006. Con relación, específicamente, a la reforma de 2006 y su génesis, nótese, A. ANTONIETTI, *“The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n.º. 2, 2006, pp. 429-430. Las Reglas se encuentran de nuevo sometidas a un proceso de reforma. Al respecto, vid. ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules*, ICSID Working Paper #4, vol. 1, february 2020.

la posibilidad de “*considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia*”⁵³. El precepto se vinculaba –y se sigue vinculando– al mandato del artículo 36.3 del Convenio CIADI, que atribuye al Secretario General la tarea de registrar la solicitud “*salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro*”; procediendo a notificar inmediatamente a las partes el registro de la solicitud o su denegación⁵⁴.

21. En consonancia con el tenor del apuntado artículo 36.3 del Convenio, este poder se constriñe materialmente a la dimensión competencial del Centro, excluyendo cualquier referencia al específico contenido de la acción⁵⁵. Ello se traducía en la incapacidad de la Secretaría de confrontar solicitudes de arbitraje que, si bien quedaban sometidas a su jurisdicción, resultaban manifiestamente carentes de fundamento legal⁵⁶: “*patently unmeritorious claims*”, “*frivolous as to the merits*”⁵⁷... En consecuencia, la solicitud debía ser registrada⁵⁸, y las partes invitadas a proceder al nombramiento del tribunal⁵⁹.

22. Una situación objeto de críticas acerbas por parte de diversos Estados demandados en el marco del CIADI⁶⁰ que no fue ajena a la práctica arbitral desarrollada en su seno hasta 2006. De esta suerte, con anterioridad a la reforma de la Regla 41 en ese año, y a la consiguiente incorporación de su párrafo 5 da una respuesta específica a la cuestión, algunos tribunales hicieron frente a solicitudes formuladas por las partes en tal sentido⁶¹. Así ocurrió, por ejemplo, en primer lugar, en el supuesto *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*⁶² referido al artículo 36.3 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones suscrito en su día por España y El Salvador, en el que se suscitaba la naturaleza de la inversión realizada, y su potencial incardinación en el ámbito de aplicación del referido APPRI⁶³.

23. En su fallo, el tribunal apunta la presencia de tres principios fundamentales que deben guiar su tarea a la hora de concretar su aproximación a esta cuestión: “*a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción; b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y c) La interpretación según el principio de buena fe*”⁶⁴. A partir de ello considera que la intervención desarrollada por la empresa española en El Salvador “*fue realizada en contravención al principio de buena fe*”⁶⁵. Añadiendo que no sólo no realizó la inversión de conformidad con la legislación salvadoreña, algo que exigía el APPRI para ser susceptible de aplicación⁶⁶, sino que, al falsear ciertos hechos, “*violó el principio de buena fe, desde el momento en que hizo su inversión*”. Todo ello le condujo a declarar su

⁵³ Permitiendo su apartado 1 a las partes oponer “*lo antes posible*” y siempre antes del vencimiento del plazo fijado en las Reglas para la presentación del memorial de contestación, o de la réplica, en su caso “*a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción*”.

⁵⁴ En relación con el precepto y su funcionamiento, vid. S. PUIG y CH. BROWN, “The Secretary-General’s Power to Refuse to Register a Request for Arbitration under the ICSID Convention”, *ICSID Review*, vol. 27, n.º 1, 2012, p. 174 y ss.

⁵⁵ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rule”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, 2011, p. 228.

⁵⁶ J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, p. 236.

⁵⁷ A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

⁵⁸ ICSID, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Background paper, ICSID, Washington, October 2004, pp. 6-7, n.º 9.

⁵⁹ A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 438.

⁶⁰ Al respecto, vid. A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

⁶¹ Decidiendo al respecto, en el curso del procedimiento arbitral, con base en ciertos principios como el de la “buena fe” o la prevención del “abuso de proceso”, habituales en la práctica arbitral en materia de inversiones. Vid. E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 24 y 28-30 en relación con la práctica del CIADI en la materia con anterioridad a 2006.

⁶² *Inceysa Vallisoletana*, caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2.8.2006, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf

⁶³ La solicitud de arbitraje, transmitida al CIADI con fecha 21.7.2003, fue registrado por éste el 10.10 de ese mismo año. Vid. *Inceysa Vallisoletana*, laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 4, n.º 1 y p. 5, n.º 4, respectivamente.

⁶⁴ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 52, n.º 175.

⁶⁵ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 71, n.º 234.

⁶⁶ *Inceysa Vallisoletana*, Laudo o, de 2.8.2006, *cit.*, p. 60, n.º 195; p. 63, n.º 203 o p. 64, n.º 207.

incompetencia: “*Ante esta situación este Tribunal no puede sino declarar su incompetencia para conocer del reclamo de Inceysa, pues su inversión no puede gozar de la protección del APPRI, por haberlo dispuesto así las partes en la etapa de negociación y en el otorgamiento de ese acuerdo*”⁶⁷.

24. Una situación en esta misma línea se planteó, a su vez, en el asunto Phoenix Action Ltd v. Czech Republic⁶⁸, un caso referido al APPRI entre Israel y la República Checa, y en el que éste último Estado alegó, entre otros extremos, que “*The Tribunal has no jurisdiction ratione temporis over Phoenix’s claims arising prior to 26 December 2002*”⁶⁹. El tribunal arbitral asume como premisa que “*The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments*”⁷⁰. Y, en consonancia con ello, afirma la imposibilidad de ofrecer “*access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith*”⁷¹.

25. El tribunal admite que “*is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID.*” Reiterando que la cuestión de fondo planteada es la de prevenir abusos del sistema, y que “*only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected*”⁷². En tal sentido, concluye que “*the whole “investment” was an artificial transaction to gain access to ICSID*”⁷³, y que la iniciación y continuación del arbitraje por parte del demandante constituía “*an abuse of the system of international ICSID investment arbitration*”⁷⁴. Y, consecuentemente, procede a declarar su incompetencia, apuntando que el “*Tribunal lacks jurisdiction over the Claimant’s request, as the Tribunal concludes that the Claimant’s purported investment does not qualify as a protected investment under the Washington Convention and the Israeli/Czech BIT*”⁷⁵.

26. Similar discusión subyace, por último, en el asunto Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey⁷⁶, relativo al Tratado de la Carta de la Energía, y cuyo laudo se dictó el 13 de agosto de 2009⁷⁷. En este caso ambas partes alegaron la incompetencia del tribunal arbitral, aunque con base en diferentes motivos⁷⁸. Éste, tras analizar las distintas alegaciones formuladas, llega a la conclusión de la inexistencia de inversión alguna y, por lo tanto, declara su incompetencia, diciendo que “*since the Claimant has failed to establish that it had an investment in Turkey at the relevant time, the claim of Europe Cement must be dismissed for lack of jurisdiction*”⁷⁹.

⁶⁷ Inceysa Vallisoletana, Laudo, de 2.8.2006, *cit.*, p. 72, n.º. 239. Concluyéndose que el “*Centro no tiene jurisdicción para conocer de las diferencias que se han planteado, derivadas del Contrato celebrado entre El Salvador e Inceysa, y el Tribunal de Arbitraje carece de competencia para resolver esas diferencias*”, *Ibid.*, p. 102, n.º. 337).

⁶⁸ Phoenix Action Ltd, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15.4.2009, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

⁶⁹ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 13, n.º. 35. La solicitud de arbitraje se remitió al CIADI con fecha 15.2.2004. Desde la Secretaría se procedió a solicitar en sucesivas ocasiones informaciones adicionales a la demandante (*Ibid.*, p. 1 a 3, nn.º. 1 a 7), procediéndose finalmente al registro el 23.3.2006 (*Ibid.*, p. 3, n.º. 9), más de dos años después. El laudo fue dictado el 15.4.2009, poco más de tres años después de dicho registro.

⁷⁰ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 39, n.º. 100.

⁷¹ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 42, n.º. 106.

⁷² Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 44, n.º. 113.

⁷³ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 56, n.º. 143.

⁷⁴ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 56, n.º. 144.

⁷⁵ Phoenix Action Ltd, Laudo, de 15.4.2009, *cit.*, p. 57, n.º. 145.

⁷⁶ Europe Cement Investment, caso CIADI, No. ARB(AF)/07/2, Laudo de 13.8.2009, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>

⁷⁷ Dos años y medio después del Registro de la solicitud de arbitraje por el Secretario General del CIADI (el 6.3.2007. Vid. Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 2, n.º. 1), y escasos meses después del laudo en Phoenix Action Ltd.

⁷⁸ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 24, n.º. 139.

⁷⁹ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 25, n.º. 145.

27. Más aún, el tribunal, ante la solicitud del demandado -“*to go further than this*”⁸⁰- asume que cualquier “*conduct that involves fraud and an abuse of process deserves condemnation*”⁸¹. Y eso, dice, es justo lo que ocurre en esta ocasión⁸². Como consecuencia de lo anterior, el tribunal procede a imponer las costas a la demandante, en un intento de compensar al demandado por haber tenido que litigar sin que hubiera razón para ello, y como forma de desalentar a futuros posibles émulos. En tal sentido apunta que: “*In the circumstances of this case, where the Tribunal has reached the conclusion that the claim to jurisdiction is based on an assertion of ownership which the evidence suggests was fraudulent, an award to the Respondent of full costs will go some way towards compensating the Respondent for having to defend a claim that had no jurisdictional basis and discourage others from pursuing such unmeritorious claims*”⁸³.

28. La argumentación desarrollada por los diversos tribunales arbitrales hasta 2006 favoreció la idea de la existencia, en el marco del CIADI, y en línea con lo ocurrido en relación con la referida práctica del Tribunal Internacional de Justicia, de unos presuntos poderes “implícitos” al tribunal arbitral para desestimar la demanda presentada en ciertos casos, más allá de su mera declaración de incompetencia⁸⁴.

29. La percepción de la existencia del problema y de su trascendencia. Unido a la prevención de los tribunales a concluir el proceso arbitral en su inicio sin contar con una autorización explícita en tal sentido “for fear of (unwittingly) affecting the claimant’s right to be heard”⁸⁵, así como al limitado carácter del artículo 36.3 del Convenio CIADI que “does not extend to the merits of the dispute or to cases where jurisdiction is merely doubtful but not manifestly lacking”⁸⁶, justificó la elaboración de dos documentos sobre los que se articulará la reforma de las Reglas de Arbitraje en abril de 2006: el *Background Paper* intitolado *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de octubre de 2004⁸⁷, y el posterior *Working Paper* de 2005, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, de 2005⁸⁸.

30. En ellos se apunta la conveniencia de introducir un nuevo párrafo 5 en la Regla, en el que se explicita que el tribunal “may at an early stage of the proceeding be asked on an expedited basis to dismiss all or part of a claim on the merits”⁸⁹. Y ello, con el doble objetivo de limitar costes en futuros arbitrajes por demandas calificables de frívolas, como de evitar el desprestigio del sistema de resolución de controversias en materia de inversiones que ellas pueden generar⁹⁰.

⁸⁰ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 25, n.º. 146.

⁸¹ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 31, n.º. 180.

⁸² “*In the present case, the Tribunal has concluded that the claim to ownership of shares in CEAS and Kepez was based on documents that on examination appear to have been back-dated and thus fraudulent. Since the Claimant either had no original documents to produce or no intention of producing original documents because they would not withstand forensic examination, the continual requests for extensions of time for over a five-month period could only be seen as a cynical attempt to postpone the inevitable, further contributing to the abuse of process*” (Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 31, n.º. 180).

⁸³ Europe Cement Investment, Laudo, de 13.8.2009, *cit.*, p. 32, n.º. 185.

⁸⁴ Al respecto, vid. M. PAPANISKIS, “Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So”, en I. LAIRD y T. WEILER (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 5, Huntington, Juris Publishing, 2012 (reproducida en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876705, a la que nos referimos en el presente texto), p. 18 y ss. Igualmente, T. CANTELMO, “The Inherent Power of Reconsideration in Recent ICSID Case Law”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, 2017, p. 256.

⁸⁵ A. YEO y K.S. YEN, “Objections of Manifest Lack of Legal Merit of Claims: ICSID Arbitration Rules 41(5)”, BARTON LEGUM (Ed.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research Ltd., 5ª ed., 2020, p. 73.

⁸⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, Working Paper of the ICSID Secretariat, 12.5.2005.

⁸⁷ *Cit.* nota 58 *supra*.

⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7. En relación con ambos documentos, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, pp. 438-439.

⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7.

⁹⁰ K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims”, *cit.*, pp. 14-19.

B) La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI

31. Con la reforma de 2006⁹¹, y junto con otros cambios⁹², se incorpora el actual apartado 5 de la Regla 41 en las Reglas de Arbitraje de la CIADI. En él se explicita que, salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, “*una parte⁹³ podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*”⁹⁴, quedando tal parte obligada a “*especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción*”⁹⁵. El cambio propuesto, y que a diferencia de lo que se observó al abordar la realidad de distintos tribunales internacionales, es siempre a instancia de parte, se entiende “*helpful in addressing any concerns about the limited screening power of the Secretary-General*”⁹⁶.

32. La solución, que se reproduce de forma mimética en el artículo 45.6 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁹⁷, debe ponerse en contacto con el tenor de la Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, que exige al tribunal arbitral celebrar su primera sesión “*a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo*”. Como se apunta en Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan (en adelante, Lotus), “*The timing is significant*”⁹⁸. Y la práctica arbitral en relación con la Regla 45.1 deja claro que estas dos reglas -30 y 60 días- deben interpretarse de forma conjunta, y son cumulativas⁹⁹.

33. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI busca dotar de flexibilidad al sistema del CIADI¹⁰⁰. A la vez que explicita que el tribunal puede verse confrontado en un momento temprano del proceso arbitral con la exigencia de decidir de manera expedita la desestimación de una -o parte de la- demanda por “*manifiesta falta de mérito jurídico*”, y que cuenta con capacidad para ello¹⁰¹. Frente a cualquier potencial duda, se deja claro que se trata de una potestad discrecional del tribunal arbitral ante una solicitud de las partes¹⁰², que conduce a que “*the claim set out in the request for arbitration proceeds no further*”¹⁰³.

⁹¹ Sobre el proceso de reforma del modelo, vid. E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 32-33; A. DIOP, “Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, n.º. 2, 2010, p. 313 y ss.

⁹² CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 229-230.

⁹³ En relación con quien, en la práctica, va a plantear la excepción, vid. T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 40-41.

⁹⁴ Considérese respecto del cómputo de los plazos, el *Award on the Respondent’s Application under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* dictado en relación con el asunto Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait (en adelante, Almasryia), Caso CIADI No. ARB/18/2, *Award on the Respondent’s Application under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* de 1.11.2019, p. 10, n.º. 25 (disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11114_0.pdf). Con un voto particular de la misma fecha, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11115_0.pdf. Con relación a los plazos y al procedimiento a seguir, vid. A. DIOP, “Objection”, *cit.*, pp. 331-332 o T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 42-44.

⁹⁵ Y que se acompaña del mandato del art. 41.3, que atribuye al Tribunal, en aquellas ocasiones en que se haya opuesto una excepción relativa a la diferencia, capacidad para suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. Sobre la práctica de este precepto, vid., L. MARKERT, “Summary Dismissal of ICSID Proceedings”, *ICSID Review*, vol. 31, n.º. 3, 2016, p. 698.

⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 7.

⁹⁷ Con la única excepción que la referencia al ap. 1 del art. 41 de las Reglas, se convierte en una mención al ap. 2 del art. 45 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. En relación con este precepto, nótese Lion Mexico Consolidated LP v. United Mexican States, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection under Article 45(6) of the ICSID Arbitration (AF) Rules*, de 12.12.2016, en el que con claridad se apunta que “*El Artículo 45(6) del Reglamento de Arbitraje MC contiene efectivamente el mismo lenguaje que la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Por ende, el Tribunal busca orientación, en cuanto al estándar aplicable, en la jurisprudencia desarrollada en la interpretación del Art. 45(6)*” (p. 11, n.º. 56, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8971.pdf>)

⁹⁸ Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan, Caso CIADI No. ARB/17/30, laudo de 6.4.2020, p. 39, n.º. 156, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11411.pdf>

⁹⁹ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 695; A. YEO y K.S. YEN, “Objections”, *cit.*, p. 79.

¹⁰⁰ Generando lo que, gráficamente, ha sido calificado como un “*harmonious continuum with Article 36(3)*” del Convenio CIADI (A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 318, el autor aborda la relación entre ambos preceptos en las pp. 319-321).

¹⁰¹ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 228.

¹⁰² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *Suggested Changes*, *cit.*, p. 8.

¹⁰³ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 39, n.º. 158.

Aunque la palabra “eficiencia” no aparece mencionada en el precepto, subyace con claridad en la solución diseñada. Como la propia práctica arbitral reconoce, *“one obvious purpose of Rule 41(5) is to allow claims that are plainly legally bad to be disposed of quickly, and at an early stage; and it is difficult to see how it could be described as efficient to allow a claim that is manifestly without legal merit to go forward, even if it is based on facts which are also relied in relation to other, more meritorious, claims”*¹⁰⁴.

34. La reforma de las Reglas de Arbitraje de la CIADI, en abril de 2006, ofrece a las partes la formulación de hasta tres posibles objeciones preliminares¹⁰⁵:

- 1) Una primera, la tradicional, recogida en la Regla 41.1 de las Reglas, que les permite excepcionar que la diferencia, o una demanda subordinada, queda fuera de la jurisdicción del CIADI. O que, por cualquier otra razón, no es de la competencia del tribunal arbitral, compe- liéndoles, eso sí, a oponerla *“lo antes posible”*.
- 2) Junto a ello, y al amparo del apartado 5 de la Regla 41, se diseñan *“two sorts of expedited objections”*¹⁰⁶. Las partes tienen, así, y ese sería el objetivo principal de la Regla, la posibilidad de excepcionar la ausencia de fundamento jurídico *–“mérito jurídico”–* de la demanda. Permitiendo al tribunal, en consecuencia, rechazar de manera temprana aquellas *“frivolous”* o *“patently unmeritorious claims”*¹⁰⁷ que han sido objeto de registro, al no reunirse las condiciones fijadas para su rechazo en el artículo 36.3 del Convenio CIADI¹⁰⁸, tal como ocurre, por ejemplo, en *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*¹⁰⁹. Junto a ello, y aunque no aparezca explícitamente recogida en el tenor del precepto, se les abre la puerta a excepcionar la falta de competencia del tribunal en los supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 36.3 del Convenio, al no restar la diferencia *“manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”*¹¹⁰.

35. La Regla 41.5 apunta que el tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión *“o prontamente después”*¹¹¹, notificarles su decisión. Añadiendo el apartado 6 de la Regla 41 que, si finalmente el Tribunal decidiera *“que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto”*. La decisión del tribunal lo será, en todo caso, añade la Regla 41.5, sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al apartado 1 de la propia Regla 41¹¹². O a alegar, en el curso del procedimiento, que una reclamación carece de mérito jurídico¹¹³.

¹⁰⁴ Fengzhen Min v. Republic of Korea, Caso CIADI No. ARB/20/26, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection Pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, de 18.6.2021, p. 24, n.º 73, disponible en: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-feng-zhen-min-v-republic-of-korea-thursday-30th-july-2020#decision_11821

¹⁰⁵ Al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439; L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 698-699.

¹⁰⁶ A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439.

¹⁰⁷ A.R. PARRA, “The Development”, *cit.*, p. 65.

¹⁰⁸ “A respondent might for example challenge, in an expedited manner, the temporal application of a treaty in which consent to ICSID arbitration is given; or could object that the claimant had waived its right in writing to bring the case before an arbitral tribunal” (A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 439).

¹⁰⁹ *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China* (en adelante *Ansung*), Caso CIADI No. ARB/14/25, Laudo de 9.3.2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8538.pdf>. El Tribunal, al confrontar esta situación, señala que *“Registration follows the Secretary-General’s early screening process, at which point she bases her registration decision only “on the basis of the information contained in the request.” If registration were to vouch for the manifest legal merit of a request for arbitration, Rule 41(5) would never lead to early resolution and would serve no purpose”* (p. 20, n.º 72).

¹¹⁰ E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 33.

¹¹¹ Sobre el significado de esta expresión en la práctica CIADI en la materia, vid. L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 697.

¹¹² Regla 41. Excepciones preliminares: *“(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.”*

¹¹³ En relación con la propuesta de reforma de la Regla 41.5, vid. T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 54.

C) La aplicación práctica de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI

36. Si bien la filosofía de la Regla 41.5 de las Reglas es clara, al permitir a las partes, en los términos fijados por el propio precepto, formular una excepción ante el tribunal arbitral solicitando la desestimación temprana de una demanda, con base en su manifiesta carencia de mérito jurídico. Lo cierto es que el texto de la Regla recoge algunos términos genéricos susceptibles de ser objeto de aproximaciones plurales que, amén de plantear ciertas dudas sobre su exacto significado, inciden directamente en la delimitación de su específico ámbito de aplicación: “*manifiestamente*” o “*mérito jurídico*” son dos de ellos.

37. La práctica del modelo ha sido extensa, pero sí muy rica a la hora de abordar su significado. A fecha de octubre de 2021, y de acuerdo con las estadísticas de la propia CIADI¹¹⁴, la excepción se ha planteado en 40 ocasiones, un 5,3% de los 754 procedimientos de arbitraje –y anulación- registrados desde que se aprobó la Regla 41.5, en 2006¹¹⁵. De ellas, sólo en 11 ocasiones se ha procedido a su estimación, bien de forma total o parcial: 1 en 2008, 2 en 2010, 2 en 2013, 1 en 2017, 2 en 2019, 1 en 2020 y 2 en 2021¹¹⁶.

- 1) En siete ocasiones la excepción ha sido estimada de forma plena. Se trata de los asuntos *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, en 2010¹¹⁷; *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada*, en 2010¹¹⁸; *Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*, en 2017¹¹⁹; *Edenred SA v. Hungary*, en 2019¹²⁰; *Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait*, en 2019¹²¹; *Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, en 2020¹²², e *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain – Revision*¹²³, en 2021.
- 2) Y, en otras cuatro ocasiones, la estimación ha sido parcial. En concreto en los asuntos *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, en 2008¹²⁴; *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereske-*

¹¹⁴ Disponibles en <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit>. Considérese al respecto, B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis of ICSID’s Rule 41(5) on Its Tenth Anniversary”, *Dispute Resolution International*, vol. 13, n.º. 1, 2019, pp. 10-16, con unas tablas especialmente ilustrativas en pp. 17 y 19.

¹¹⁵ ICSID: *ICSID’s Experience with Objections that a Claim Manifestly Lacks Legal Merit (Data as of March 10, 2021)*, p. 1, n.º. 4, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/manifest_lack_of_legal_merit_procedure_under_the_icsid_rules.pdf

¹¹⁶ Un amplio análisis de la práctica arbitral que ha rechazado la estimación de la excepción se encuentra en, T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 46-49.

¹¹⁷ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (en adelante, *Global Trading*), Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo de 1.12.2010, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0379.pdf>. Considérese, en relación con este supuesto, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 242-246.

¹¹⁸ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Company v. Grenada* (en adelante *Rachel S. Grynberg*), Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo de 10.12.2010, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0726.pdf>. Un análisis del supuesto se encuentra en, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 246-250 o E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 40-42.

¹¹⁹ *Cit. nota 109 supra*.

¹²⁰ *Edenred SA v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/13/21-Revision, *Decision on revision*, de 7.2.2019, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-edenred-s-a-v-hungary-decision-on-revision-thursday-7th-february-2019#decision_4558

¹²¹ *Cit. nota 94 supra*.

¹²² *Cit. nota 98 supra*.

¹²³ *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain* (en adelante *InfraRed*), Caso CIADI Case No. ARB/14/12, *Decision on Claimants’ Objection under ICSID Rule 41(5) to Respondent’s Application for Revision*, de 8.3.2021, disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-infrared-environmental-infrastructure-gp-limited-and-others-v-kingdom-of-spain-revision-proceeding-thursday-30th-july-2020#decision_11802

¹²⁴ *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (en adelante *Trans-Global*), Caso CIADI No. ARB/07/25, *The Tribunal’s Decision on the Respondent’s Objection Under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, de 12.5.2008, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0872.pdf>. En relación con este supuesto, nótese, entre otros, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, pp. 234-239 o E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, pp. 34-37.

delmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary, en 2013¹²⁵; Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary, en 2013¹²⁶ y Fengzhen Min v. Republic of Korea, en 2021¹²⁷.

38. Significativamente, la Regla 41.5 ha sido también alegada en el ámbito específico de la acción de anulación de los eventuales laudos dictados¹²⁸. Así ha ocurrido, por ejemplo, en *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras*¹²⁹, en el que se desestima la solicitud formulada, o en *InfraRed*, en el que, por el contrario, y como ya ha sido señalado, fue estimada de forma plena.

39. La alegación de la Regla en el ámbito de la acción de anulación plantea problemas singulares, debido al momento y circunstancias en que se formula. En tal sentido, y como ocurre en *Elsamex* se destaca el mayor nivel de información con que cuenta el Comité a la hora de valorar su eventual aplicación: *“un comité ad hoc tiene más información a su disposición comparado con un tribunal original. Ello se debe a que dispone del laudo original que, en principio, habrá resuelto o tratado todos los asuntos jurisdiccionales y de fondo. Este laudo servirá al comité ad hoc como referencia para su apreciación de los argumentos presentados bajo la excepción de la Regla 41(5)”*¹³⁰. Ello, sin embargo, se añade, *“no afecta el hecho que la dificultad o complejidad de fallar bajo la Regla 41(5) estará unida a los hechos y circunstancias específicas de cada procedimiento de anulación”*¹³¹. Y al dato de que, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento original de arbitraje, a los efectos de la aplicación de la Regla 41.5, *“la anulación constituye una instancia final en un arbitraje CIADI. No hay otros recursos disponibles contra la decisión de un comité ad hoc que rechace o acepte una petición de anulación, sea que se haya emitido bajo la Regla 41(5) o en el marco de un procedimiento completo”*¹³².

40. Todo lo anterior se traduce en la imposición al Comité de *“un estándar más elevado de convicción para poder acoger la excepción bajo la Regla 41(5)”*¹³³. Una exigencia que se reitera en *InfraRed*¹³⁴. Y que, además, como se señala en este último supuesto, debe estimarse en relación con las cinco causales del artículo 52 del Convenio CIADI¹³⁵, dado que *“no puede acoger la excepción preliminar bajo la Regla 41(5) sin aplicar el Artículo 52”*¹³⁶. En todo caso, y como señala *InfraRed*, la parte que se ampara en la Regla *“must establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The complexity of the claim impugned and of the legal issues associated with that claim are not reasons*

¹²⁵ *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/2, *Decision on Respondent's Objection Under ICSID Arbitration Rule 41(5)*, de 11.3.2013, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1239_0.pdf

¹²⁶ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/3, *Decision on Respondent's Objection under Arbitration Rule 41(5)*, de 16.1.2013, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1292.pdf>

¹²⁷ *Cit. nota 104 supra*.

¹²⁸ Considerése al respecto, A. YEO y K.S. YEN, “Objections”, *cit.*, p. 76 o I. UCHKUNOVA, “Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules: The Sleeping Beauty of the ICSID system”, *Kluwer Arbitration Blog*, 27.6.2014, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/27/rule-415-of-the-icsid-arbitration-rules-the-sleeping-beauty-of-the-icsid-system/>

¹²⁹ *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras (en adelante Elsamex)*, Caso CIADI No. ARB/09/4, *Laudo* de 16.11.2012, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1291.pdf>

¹³⁰ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 35, n.º 122.

¹³¹ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, pp. 35 y 36, n.º 122.

¹³² *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º 123.

¹³³ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º 125.

¹³⁴ *InfraRed*, *Decision*, de 8.3.2021, *cit.*, p. 10, n.º 53.

¹³⁵ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 36, n.º 126 y ss.

¹³⁶ *Elsamex*, *Laudo*, de 16.11.2012, *cit.*, p. 37, n.º 129. Todo lo anterior supone, en última instancia, que se asuma que *“las condiciones para aceptar la excepción preliminar bajo la Regla 41(5) están dadas si se invocan causales distintas de aquellas nombradas en el Artículo 52 del Convenio del CIADI, o si el comité ad hoc, sin necesidad de presentaciones adicionales de las partes más allá de aquellas previstas bajo la Regla 41(5), llega a la convicción que los motivos invocados para la anulación exceden manifiestamente el ámbito de las causales señaladas en el Artículo 52, por ejemplo, cuando el procedimiento de anulación claramente se usa para presentar una apelación o, una vez más, si es manifiesto que carecen de sustento legal aunque sus elementos fácticos se presumieran válidos”* (*Ibid.*, p. 38, n.º 131).

*per se to dismiss the objection, but the objecting party will only prevail if the absence of legal merit is clear and obvious*¹³⁷. Algo que en este supuesto se estimó que, efectivamente, ocurría.

41. La práctica arbitral en relación con la Regla 41.5 ha aportado algunas claves relevantes sobre el significado de la Regla, y sobre su puesta en práctica, singularizando diversos rasgos que caracterizan al modelo en ella diseñado.

a) La Regla 41.5 cuenta con una naturaleza subsidiaria

42. En primer lugar, se dice, estamos ante un modelo de naturaleza subsidiaria. La frase inicial del precepto –“*Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares*”– apoya tal condición. Esto significa que, de existir una norma específica en la materia que vincule a las partes –por ejemplo, un potencial APPRI–, ésta última prevalecerá sobre la Regla 45.1.

43. No se trata de una opción en abstracto. Existen ejemplos de ello. Así, por ejemplo, el APPRI tipo de los Estados Unidos, de 2012¹³⁸, incorpora en su artículo 28.4 y 5 una cláusula en tal sentido, que se reproduce en muchos de los APPRIs concluidos por este país¹³⁹. Ello ocurre en el artículo 10.19.4 del Acuerdo de libre comercio entre los Estados Unidos y Chile, de 2003¹⁴⁰, o en los artículos 10.20.4 y 10.20.5 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-DR)¹⁴¹, en los que se diseña “*otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares*”, tal como prevé la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI¹⁴².

44. De hecho, la práctica en relación con estos APPRIs es relativamente amplia. Así, por ejemplo, en la *Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5*, dictada el 2 de agosto de 2010, en el marco del asunto Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador¹⁴³, el Tribunal manifiesta que “*is content to accept the Respondents submissions on the application to these ICSID proceedings of CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5 as an expedited procedure*”¹⁴⁴. Y, en línea con lo apuntado por el demandado, acepta que el “*CAFTA Article 10.16.5 makes clear that CAFTA provisions pre-empt any different provision in the ICSID Arbitration Rules. Therefore, so the Respondent concludes, the Parties to this arbitration have agreed to use the CAFTA expedited procedure for preliminary objections, to the exclusion of ICSID Arbitration Rule 41(5); and the Parties' agreement extends to all claims made by the Claimant in these ICSID arbitration proceedings*”¹⁴⁵.

¹³⁷ InfraRed, *Decision*, de 8.3.2021, *cit.*, p. 10, n.º. 54.

¹³⁸ Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2870/download>

¹³⁹ Al respecto, vid. A. DIOP, “*Objection*”, *cit.*, p. 315, nota 16.

¹⁴⁰ Disponible en: https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20070711/20070711153552/00_texto_completo_acuerdo_chile_eeuu.pdf

¹⁴¹ Disponible en: <https://www.comex.go.cr/tratados/cafta-dr/texto-del-tratado-1/>. Al respecto considérese M. POTESTÀ y M. SOBAT, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 159-162.

¹⁴² Al respecto, K. POLONSKAYA, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 24-26.

¹⁴³ Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador (en adelante Pac Rim Cayman, Caso CIADI No. ARB/09/12, *Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5*, de 2.8.2010. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0599.pdf> En relación con este supuesto, nótese A. YEO y K.S. YEN, “*Objections*”, *cit.*, pp. 77-78.

¹⁴⁴ Pac Rim Cayman, *Decision*, de 2.8.2010, *cit.*, p. 47, n.º. 85.

¹⁴⁵ Pac Rim Cayman, *Decision*, de 2.8.2010, *cit.*, p. 47, n.º. 85. Por su parte, si bien en la *Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5*, de 17.11.2008, en el asunto Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, Caso CIADI No. ARB/07/23, *Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5*, de 17.11.2008 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0701.pdf>), no se abordó específicamente la relación de la Regla 41.5 con las soluciones recogidas en el CAFTA, sí se avanza que “*the use of the expedited procedure as just an additional jurisdictional layer would hardly fit with the stated objective of CAFTA to create effective procedures for the resolution of disputes*” (*Ibid.*, p. 19, n.º. 44. Al respecto, nótese, CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, p. 251).

45. Mas no sólo los APPRI's concluidos por EEUU recogen la figura del *early dismissal*. Existen otros ejemplos. De hecho, también el reciente Acuerdo comercial celebrado entre la Unión Europea y Canadá –el denominado Acuerdo Económico y Comercial Global CETA, de 2017- incorpora dos preceptos sobre la desestimación temprana de las eventuales demandas. Así, el artículo 8.32 –rubricado “*Demandas manifiestamente carentes de valor jurídico*”- señala en su numeral 1 que, “*A más tardar en un plazo de treinta días a partir de la constitución de la división del tribunal y, en cualquier caso, antes de su primera sesión, el demandado podrá interponer la objeción de que una demanda carece manifiestamente de valor jurídico.*”

46. Esta regla, además, viene acompañada por el artículo 8.33, titulado “*Demandas infundadas como cuestión de Derecho*”, cuyo numeral 1 afirma que “*Sin perjuicio de la autoridad del tribunal de abordar otras objeciones como cuestión prejudicial o del derecho de un demandado a plantear tales objeciones en el momento adecuado, el tribunal abordará y resolverá como cuestión preliminar cualquier objeción por parte del demandado en el sentido de que, como cuestión de Derecho, una demanda, o cualquier parte de ella, presentada con arreglo al artículo 8.23 no es una demanda para la cual pueda dictarse un laudo favorable para el demandante con arreglo a la presente sección, aunque se haya supuesto que los hechos alegados son ciertos*”.

47. Significativamente, la solución recogida en el CETA va más allá de la presente en la Regla 41.5 de las Reglas de arbitraje CIADI, y no sólo refiere a las demandas que carecen manifiestamente de valor jurídico sino, también, a aquellas respecto de las que no resulte posible dictar un laudo favorable para el demandante¹⁴⁶.

48. Esta naturaleza subsidiaria de la Regla 41.5, que desaparece en la propuesta de reforma en la que está trabajando el CIADI¹⁴⁷, vendría igualmente manifestado en el hecho de que, como afirma la propia Regla, la decisión adoptada por el tribunal lo será sin perjuicio del derecho que acompaña a las partes a formular una excepción conforme a la Regla 41.1, o a oponer, en el curso del procedimiento, “*defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico*”¹⁴⁸.

b) La expresión “*mérito jurídico*” presente en la Regla 41.5 cubre, tanto la ausencia de fundamentos jurídicos de la reclamación, como la incompetencia del tribunal

49. Un segundo dato relevante refiere al ámbito material de aplicación del precepto. La doctrina aceptó desde un momento temprano que, a pesar de su tenor, que silencia cualquier referencia a “*competencia*”, el ámbito de aplicación de la Regla 41.5 abarca, tanto los supuestos de ausencia de fundamentos jurídicos de la acción ejercitada, como de falta de competencia del tribunal¹⁴⁹. Esta admisión del amplio ámbito de aplicación de la Regla 41.5 se reitera, igualmente, en la práctica arbitral¹⁵⁰, quedando ahora explicitada en la propuesta de reforma de la Regla en la que trabaja la CIADI¹⁵¹.

50. En tal sentido, si bien el precepto habla de “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*”, lo cierto es que “*mérito jurídico*” es interpretado de una manera muy amplia, abarcando tanto falta de fundamentación jurídica como de competencia del tribunal¹⁵². Así lo fue en su día, por ejemplo,

¹⁴⁶ K. POLONSKAYA, “*Frivolous Claims*”, *cit.*, pp. 32-33.

¹⁴⁷ Al respecto, vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en, T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, p. 50.

¹⁴⁸ Como hemos apuntado, la doctrina entiende que las partes cuentan con la posibilidad de “*further raise (i) a “classic” objection to jurisdiction envisaged under Rule 41(1); (ii) the same objections raised during the expedited phase but which was not decided upon at that time; or (iii) any new objections regarding the merits of the case.*” (A. ANTONIETTI, “*The 2006 Amendments*”, *cit.*, p. 440).

¹⁴⁹ Vid. en tal sentido, A. ANTONIETTI, “*The 2006 Amendments*”, *cit.*, p. 440; T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, pp. 41-42.

¹⁵⁰ Al respecto, nótese, L. MARKERT, “*Summary*”, *cit.*, p. 699 y ss.

¹⁵¹ Vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en: T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, p. 51.

¹⁵² Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 12, n.º. 30.

en *Brandes Investment Partners LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*¹⁵³ en el que se explicita que, “*No hay ninguna razón objetiva para que la intención de no imponer a las partes la carga de un procedimiento posiblemente largo y costoso cuando se trate de dichas reclamaciones infundadas deba limitarse a la evaluación del mérito del caso y no deba abarcar el examen del fundamento jurisdiccional en el que se basa la facultad del tribunal de decidir*”¹⁵⁴.

51. De esta suerte, y frente a la valoración que realiza el demandante de la Regla 41.5, en Un análisis en profundidad del caso se encuentra en *Brandes* se explicita que ésta no sólo cubre las cuestiones sustantivas, sino que, también, incluye las relativas a la competencia del tribunal, apuntándose que “*la expresión ‘mérito jurídico’*” recogida en la Regla 41.5 “*abarca todas las excepciones conducentes a que se ponga fin al procedimiento en una etapa temprana porque, por cualquier razón, es manifiesto que el Tribunal no puede dar curso a la reclamación*”¹⁵⁵. En esta misma línea, los asuntos *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*¹⁵⁶ o *Ansung*¹⁵⁷, procederán, igualmente, a estimar la excepción formulada al amparo de la Regla 41.5 con base en la incompetencia, por distintas razones, del tribunal.

c) El Tribunal debe constatar la ausencia manifiesta de fundamentos jurídicos de la reclamación

52. Un tercer extremo abordado abundantemente por la práctica arbitral del CIADI, refiere al significado atribuible a la expresión “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*”, presente en la Regla 41.5. La Regla, se dice, “*tiene por objeto crear la posibilidad de desestimar en una etapa temprana los casos que son manifiestamente infundados*”¹⁵⁸. Se trataría, en suma, como se señala en *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*¹⁵⁹, de una disposición que “*is not intended to resolve novel, difficult or disputed legal issues, but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts*”¹⁶⁰.

¹⁵³ En el que, aun cuando procede a rechazar la excepción planteada al amparo de la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, aporta algunas claves relevantes en relación con la interpretación del precepto: *Brandes Investment Partners LP v. Bolivarian Republic of Venezuela* (en adelante *Brandes*), Caso CIADI No. ARB/08/3, Decisión sobre las excepciones opuestas por la demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, de 2.2.2009. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0100.pdf>. En relación con este supuesto, vid. CH. BROWN y S. PUIG, “*The Power*”, *cit.*, pp. 239-242; E. DE BRABANDERE, “*The ICSID*”, *cit.*, pp. 37-39 o J. WONG y J. YACKEE, “*The 2006 Procedural*”, *cit.*, p. 238 y ss.

¹⁵⁴ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 8, n.º. 52.

¹⁵⁵ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º. 55.

¹⁵⁶ En su laudo, el tribunal arbitral considera que en el supuesto planteado se estaba haciendo referencia a “*pure commercial transactions that cannot on any interpretation be considered to constitute ‘investments’ within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention*” (*Global Trading*, Laudo, de 1.12.2010, *cit.*, p. 19, n.º. 57). Y que, en consecuencia, “*the claims brought in the present arbitration by Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. against Ukraine are manifestly without legal merit, within the meaning of Article 41, paragraph (5) of the ICSID Arbitration Rules*” (*Ibid.*, p. 20, n.º. 58).

¹⁵⁷ “*Where a respondent’s Rule 41(5) objection is concerned with a limitation period, as China’s is, a tribunal’s decision on such an objection constitutes a decision as contemplated by Rule 41(6) regarding a lack of jurisdiction of the Centre and of its own competence as well as regarding manifest lack of legal merit due to a lack of temporal jurisdiction. As set out below, this is the situation here*” (*Ansung*, Laudo, de 9.3.2017, *cit.*, p. 20, n.º. 73). Igualmente, vid en este sentido, y en el mismo Laudo, p. 36, n.º. 122 (“*Consequently, Ansung submitted its dispute to ICSID and made its claim for purposes of Article 9(3) and (7) of the Treaty after more than three years had elapsed from the date on which Ansung first acquired knowledge of loss or damage. The claim is time-barred and, as such, is manifestly without legal merit.*”) y p. 43, n.º. 143 (“*Accepting the facts as pleaded by Claimant to be true, the Tribunal finds Ansung’s claim to be time-barred under Article 9(7) of the China-Korea BIT and not protected by operation of the MFN Clause in Article 3(3) of the Treaty. The Tribunal finds the claim hence to be manifestly without legal merit under ICSID Arbitration Rule 41(5).*”).

¹⁵⁸ *Brandes*, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º. 62.

¹⁵⁹ *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea* (en adelante *PNG*), Caso CIA-DI No. ARB/13/33, *Decision on Respondent’s Objections under Rule 41(5)*, de 28.10.2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4048.pdf>

¹⁶⁰ *PNG*, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º. 88.

53. La Regla refiere a aquellas situaciones en que el tribunal llega a la conclusión de que la demanda va a ser inevitablemente desestimada; de ahí la conveniencia de hacerlo cuanto antes. Como se apunta en Lotus: “*The tribunal rules, in effect, that there is no point in proceeding with the claim because it cannot succeed: no matter what evidence is adduced, there is a fundamental flaw in the way that the claim is formulated that must inevitably lead to its dismissal. The inevitability of dismissal must be manifest. It must be obvious from the submissions of the parties that there is some unavoidable and indisputable fact, or some legal objection in relation to which no possible counter-argument is identified*”¹⁶¹. Se requiere, eso sí, que esta inevitabilidad del resultado ha de ser absolutamente manifiesta, lo que exige, consecuentemente, al “*respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and dispatch. The standard is thus set high*”¹⁶². Se incide, en definitiva, tal como ocurre en MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia¹⁶³, en la idea de que la Regla viene referida a “*a claim that is so obviously defective from a legal point of view that it can properly be dismissed outright*”. De no ser así, de existir el más mínimo resquicio de fundamentación, el supuesto quedaría fuera de su ámbito de aplicación y las partes, en su caso, tendrían que explorar otras alternativas distintas a la de la Regla 41.5, por ejemplo, y entre otras, la prevista en la Regla 41.1¹⁶⁴.

54. Significativamente, sin embargo, la explicitación de la necesaria interpretación restrictiva del término “*manifiesta*” no viene acompañado de una descripción exhaustiva del mismo o, como ocurría, por ejemplo, recordemos, en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁵, de la elaboración de un listado de elementos que permiten verificar su existencia. Optándose, sin más, por atender a las circunstancias concretas del específico supuesto planteado¹⁶⁶. Asumiendo que el adjetivo “*manifiesto*” se usa a lo largo del Convenio CIADI¹⁶⁷, se acepta “*that the meaning of the new rule was intended to reflect the well-established meaning of these older provisions*”¹⁶⁸.

55. A partir de estas premisas, la práctica arbitral en relación con la Regla ha aproximado el término “*manifiesto*” como significando “*palpable*’, ‘*clearly revealed to the eye, mind or judgement*’, ‘*open to view or Comprehension*’ or ‘*obvious*’”¹⁶⁹. Tal como se reafirma en CDC Group plc v. Seychelles¹⁷⁰, “*As interpreted by various ad hoc Committees, the term “manifest” means clear or “self-evident”, or “plain on its face” or “certain”, as distinct from “the product of elaborate interpretations one way or the other” or “susceptible of argument one way or the other” or “... being ... necessary to engage in elaborate analyses*”¹⁷¹. Si, al aproximar la situación, el Tribunal “*is not able to decide upon the objection raised on an expedited basis, namely if it is not manifest to the tribunal that there is no legal merit, or if the tribunal cannot do so within the prescribed time limit, or if it appears to the tribunal that given*

¹⁶¹ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, pp. 39-40, n.º. 158.

¹⁶² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88. Esta inevitabilidad a la que refiere Lotus supone que, en definitiva, “*A tribunal must be able to regard some legal rules and principles as so firmly established that they can serve as premises on the basis of which it can properly conclude that a particular claim will inevitably fail. If that were not the case, Rule 41(5) would be emptied of practical effect*” (Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º. 160).

¹⁶³ MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia (en adelante MOL), Caso CIADI No. ARB/13/32, *Decision on Respondent’s Application Under ICSID Arbitration Rule 41(5)*, de 2.12.2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4073.pdf>

¹⁶⁴ “*an objection to the jurisdiction or substantive defence (in terms, that a claim “lacks legal merit”), which requires for its disposition more elaborate argument or factual enquiry, must be made the subject of a regular preliminary objection under Rule 41(1) or a regular defence on the merits*” (MOL, *Decision*, de 2.12.2014, *cit.*, p. 16, n.º. 44).

¹⁶⁵ *Cit. nota 38 supra*.

¹⁶⁶ T.B. (D) DUONG, “*The Evolution*”, *cit.*, p. 45.

¹⁶⁷ Así ocurre, por ejemplo, en los arts. 28.3, 36.3, 52.1.b) o 57 del Convenio CIADI.

¹⁶⁸ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

¹⁶⁹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

¹⁷⁰ CDC Group plc v. Seychelles (en adelante CDC), Caso CIADI No. ARB/02/14, *Decision on annulment*, de 29.6.2005, la solicitud de anulación fue rechazada en esta ocasión. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6344.pdf>

¹⁷¹ CDC, *Decision*, de 29.6.2005, *cit.*, p. 20, n.º. 41.

the factual record the objection is not ripe, the proceeding will continue”¹⁷². De otra manera, si entiende que la diferencia no se incardina dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que alguna, o todas, las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, procederá a dictar un laudo en tal sentido, al amparo del mandato de la Regla 41.6¹⁷³; lo que, en última instancia, esconde una referencia al artículo 48 del Convenio CIADI, y a las Reglas 47 y 48 de las Reglas de Arbitraje, referentes al laudo y a su comunicación¹⁷⁴.

56. Todos estos rasgos y exigencias no se ven, además, alterados en el supuesto de remisión a la Regla 41.5 en el ámbito de las acciones de anulación. En él se sigue insistiendo en la imprescindible condición de “*obvious*”¹⁷⁵ –por manifiesto- de la ausencia de fundamentación jurídica al que aquella refiere. Insistiéndose en su condición de Regla dirigida a confrontar “*cases which are clearly and unequivocally unmeritorious*”¹⁷⁶, y a la necesidad de que quien los afronta “*must so find with certainty and immediacy, without it being necessary to engage in elaborate analyses of the award*”¹⁷⁷.

d) Favoreciéndose la articulación de un *standard* interpretativo elevado dotado, además, de una doble dimensión: sustantiva y procesal

57. Lo dicho hasta el momento favorece la articulación de un criterio interpretativo -un “*standard*” como dice la práctica arbitral- “*very demanding and rigorous*”¹⁷⁸ a la hora de afrontar las eventuales excepciones planteadas al amparo de la Regla 41.5. Un estándar que se ve atribuido, además, una doble función: sustantiva, en cuanto viene referido a la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica del caso. Y procesal, atendido el potencial efecto de la figura sobre el derecho al debido proceso de las partes. Ambas sustentan la exigencia de realizar una interpretación restrictiva de la Regla.

58. La práctica arbitral desarrollada en el marco del CIADI insiste en este doble plano. En primer lugar, y como se señala en Brandes, “*la regla se refiere sólo a casos claros y obvios*” ..., destacando que “*como principio básico de equidad procesal, un laudo en virtud de la Regla 41(5) sólo puede aplicarse a un caso claro y obvio, es decir; ..., a ‘reclamaciones obviamente infundadas’*”¹⁷⁹. Y susceptibles, como se apunta en Trans-Global, de ser afrontadas, recordemos, “*with relative ease and dispatch. The standard is thus set high*”¹⁸⁰. Lo que impide, como afirma Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic¹⁸¹, el debate de hechos “*novel and complex, ... is unsuitable for resolution on a Rule 41(5) application*”¹⁸². A partir de este aserto, se resalta de forma explícita, el dato de que el “*derecho a ser escuchado y de plantear la postura propia es uno de los principios fundamentales del debido proceso*”¹⁸³,

¹⁷² A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

¹⁷³ Que no se prevé ni sumario ni parcial en el actual marco normativo del CIADI. Ello que podía plantear problemas en la práctica del sistema, privándole de interés para las partes (al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440) ha sido solventado en la práctica a través del fraccionamiento de las cuestiones suscitadas, como lo demuestra, por ejemplo, la decisión en Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 39, n.º. 124.

¹⁷⁴ Al respecto, nótese L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 707-709.

¹⁷⁵ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º. 88.

¹⁷⁶ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 27, n.º. 88.

¹⁷⁷ Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Caso CIADI No. ARB/99/7, *Decision on the Application for Annulment of the Award*, de 1.11.2006, p. 7, n.º. 20, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>

¹⁷⁸ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, pp. 27-28, n.º. 88, refiriendo a la práctica arbitral del CIADI en la materia, que califica como “*highly relevant and material to its consideration of the Application*” (*Ibid*, p. 27, n.º. 87).

¹⁷⁹ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º. 64.

¹⁸⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁸¹ Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic (en adelante Eskosol, Caso CIADI No. ARB/15/50, *Decision on Respondent’s Application Under Rule 41(5)*, de 20.3.2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8961.pdf>

¹⁸² Eskosol, *Decision*, de 20.3.2017, *cit.*, p. 36, n.º. 98.

¹⁸³ Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela (en

cuya “violación constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”¹⁸⁴, algo que reconoce explícitamente la Regla 41.5.

e) Lo que se refleja en el diseño del modelo, que mantiene silencio sobre su articulación procesal

59. Lo anterior se hace patente en el propio diseño del modelo recogido en la Regla 41.5. Los plazos fijados se ven reducidos al máximo, “*indicating a summary procedure not susceptible to elaborate, lengthy memorials requiring detailed preparation, presentation and deliberations*”¹⁸⁵. En este sentido, como reconoce la doctrina, el plazo de 30 días¹⁸⁶ es deliberadamente corto¹⁸⁷, y está en línea con el “*requirement that the objection be addressed to the tribunal at or before the first session, the latter ordinarily to take place within 60 days of the tribunal’s constitution under Rule 13(1) of the ICSD Arbitration Rules*”, al que refiere Trans-Global¹⁸⁸. A ello, además, se une la exigencia de que el tribunal decida rápidamente “*particularly (if appropriate) by a written, reasoned award “at the first session or promptly thereafter*”¹⁸⁹. Lo que, como reitera la práctica del CIADI, confirma que la Regla 41.5 está pensada únicamente para “*clear and obvious cases*”¹⁹⁰.

60. Nada dice el precepto, sin embargo, sobre la concreta forma de articular esta exigencia que, en muchas ocasiones, y en contra del objetivo de evitar dilaciones y costes indebidos, se plasma en la presencia de un intenso intercambio documental entre las partes y el tribunal¹⁹¹. Conformándose, de hecho, una especie de miniproceso en el marco del proceso arbitral. La verificación de la “manifiesta” ausencia de fundamentos legales de la demanda no es una tarea sencilla. Y, especialmente en algunos arbitrajes complejos, como suele serlo el arbitraje de inversiones, puede llegar a resultar altamente dificultosa, exigiendo, a diferencia de lo que ocurre en relación con el juego del artículo 36.3 del Convenio CIADI, de un análisis de todos los escritos presentados por el demandante –solicitud de arbitraje, escrito de oposición a la excepción...- como única manera válida de aseverar de forma completa la posición de éste en el caso a examen¹⁹². Ello se plasma, en múltiples ocasiones, en el desarrollo de “*successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with questions addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult.*”¹⁹³.

f) Y en el que se exige, en todo caso, el respeto al derecho al debido proceso de las partes

61. En todo caso, la apuesta por la celeridad no debe hacer olvidar la imprescindible búsqueda de la justicia y de la salvaguarda de los derechos procesales de las partes en el arbitraje, y de la necesidad

adelante Tidewater, Caso CIADI No. ARB/10/5, *Decision on Annulment*, de 27.12.2016, p. 41, n.º. 149. En este supuesto el Comité procedió a estimar parcialmente la solicitud de anulación formulada, rechazando la alegación basada en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8027.pdf>).

¹⁸⁴ *Ibid.* En el mismo sentido, Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso CIADI No. ARB/12/23, *Decision on annulment*, de 18.12.2018, que rechaza la solicitud presentada, pp. 22-23, n.º. 88 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10514.pdf>).

¹⁸⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁸⁶ Un plazo que en la propuesta de reforma se amplía hasta los 45. Al respecto, vid. Regla 41 en nota 258 *infra*, un análisis de la propuesta se encuentra en: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, pp. 51-53.

¹⁸⁷ Al respecto, A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440. aunque debe asumirse que la constitución del tribunal puede, en la práctica, tardar meses tras la solicitud del arbitraje (L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 695-696).

¹⁸⁸ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁸⁹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁹⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 28, n.º. 88.

¹⁹¹ En relación con la práctica existente al respecto, vid. L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 696-697.

¹⁹² Rachel S. Grynberg, Laudo, de 10.12.2010, *cit.*, p. 26, nn.º. 6.1.4 y 6.1.5.

¹⁹³ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 28-29, n.º. 88. Sobre el potencial desarrollo de audiencias, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

de que estos puedan, plenamente, “*hacer valer sus derechos*”¹⁹⁴ en él. El carácter sumario del procedimiento, se dice, para nada oculta la mencionada búsqueda del equilibrio entre el derecho “(*however qualified*) given to the objecting party under Rule 41(5) to have a patently unmeritorious claim disposed of before unnecessary trouble and expense is incurred in defending it”, y el deber del tribunal “to meet the requirements of due process”¹⁹⁵.

62. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje de la CIADI exige que el Tribunal otorgue a las partes “*la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción*”¹⁹⁶. La valoración de ésta se va a desarrollar por el Tribunal arbitral a través de un procedimiento “*sumario que debe llevarse a cabo de manera expedita*”¹⁹⁷, lo que, sin embargo, no le exonera de “*seguir respetando(se) las reglas del debido proceso. El tribunal debería por lo tanto hacer valer dicha excepción y llegar a la conclusión final de que todas las reclamaciones carecen de mérito jurídico sólo cuando concluyera que dicha falta es ‘manifiesta’*”¹⁹⁸. Ofreciendo a las partes, en todo caso, “*a proper opportunity to be heard, both in writing and orally*”¹⁹⁹.

63. Esta exigencia de respeto al derecho del debido proceso cuenta con una relevancia adicional, si se considera que el laudo que dé respuesta a la excepción planteada cuenta “*with all its attendant legal effects under the ICSID Convention, the New York Arbitration Convention and national legislation*”²⁰⁰. Especialmente en el caso de procederse a la desestimación temprana de la demanda formulada por el demandante, la trascendencia es enorme y el tribunal, se dice, debe ser consciente de ello²⁰¹. Así lo ha resaltado la práctica arbitral en el marco del CIADI que no ha dudado en afirmar, como ocurre por ejemplo en Trans-Global, que, “*It would therefore be a grave injustice if a claimant was wrongly driven from the judgment seat by a final award under Article 41(5), with no opportunity to develop and present its case under the written and oral procedures prescribed by Rules 29, 31 and 32 of the ICSD Arbitration Rules*”²⁰².

g) Correspondiendo la carga de la prueba a quien excepciona

64. El delicado equilibrio entre la búsqueda de la máxima celeridad y el aseguramiento del derecho al debido proceso –y de la salvaguarda de las expectativas jurídicas de las partes– plantea igualmente, y de forma directa, la cuestión de la carga de la prueba, sobre la que el precepto, de nuevo, mantiene silencio. La práctica arbitral, sin embargo, no ha dudado en resaltar que ésta corresponde a quien hace uso de la excepción²⁰³. Es a ella a quien corresponde probar, que la demanda carece manifiestamente de fundamento.

65. El estándar de prueba, como se ha apuntado ya, es muy elevado, y le va a exigir persuadir al tribunal de que el “*claimant can under no conceivable circumstances adduce evidence or make legal arguments that could support the legal merit of the claim*”²⁰⁴. Se trata de convencer a los árbitros de que el caso planteado carece de cualquier recorrido, hasta el punto de “*to be sure that the claim objected to is ‘manifestly without legal merit,’ but also to be certain that it has considered all of the relevant materials before reaching a decision to that effect, with all the consequences that follow from it*”²⁰⁵.

¹⁹⁴ Art. 41.1.b) *in fine* Ley 60/2003, de Arbitraje, BOE de 26.12.2003.

¹⁹⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

¹⁹⁶ Nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “F frivolous Claims”, *cit.*, pp. 150-152.

¹⁹⁷ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

¹⁹⁸ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

¹⁹⁹ Global Trading, *Laudo*, de 1.12.2010, *cit.*, p. 8, n.º 33.

²⁰⁰ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 29, n.º 92. Sobre la propuesta de reforma de la Regla 41 en relación con este punto, que aparece reproducida en la nota 248 *infra*, vid.: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 53.

²⁰¹ Al respecto, vid. M. POTESTÀ y M. SOBAT, “F frivolous Claims”, *cit.*, p. 150.

²⁰² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º 92.

²⁰³ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º 69.

²⁰⁴ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 707.

²⁰⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

h) Al verificar la ausencia manifiesta de méritos legales, la decisión del tribunal debe basarse en los fundamentos jurídicos y no en los hechos del caso, lo que no es sencillo dada su interrelación

66. La práctica del CIADI ha sido clara al atribuir un especial valor –“*important significance*”²⁰⁶.- al adjetivo “*legal*” recogido la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁰⁷; reiterando que el precepto exige al tribunal valorar los fundamentos jurídicos de la reclamación planteada. Se acepta así, de forma generalizada, que la excepción planteada en relación con la demanda, incorpora una referencia a un impedimento de carácter jurídico –que, recordemos, afecta tanto al litigio, como a la competencia del tribunal-, y no fáctico. No cabe, pues, basar la excepción prevista en la Regla 41.5 meramente en un dato fáctico²⁰⁸. Este dato resulta plenamente coherente con la muy temprana fase del proceso arbitral en que se interpone la excepción²⁰⁹. Como se destaca en Brandes, al abordar el alcance de la Regla 41.5, “*la excepción a tramitarse por procedimiento expedito debe referirse a un impedimento legal y no de hecho a la reclamación*”²¹⁰. Se trata, en suma, de una “*excepción preliminar ... basada en la falta manifiesta de mérito jurídico de una reclamación y no en la falta de una base fáctica. Por lo tanto no es necesario probar hechos, cuando éstos, en caso de probarse, no fueran capaces de sustentar una reclamación que carece de mérito jurídico*”²¹¹.

67. En este sentido, la práctica arbitral ha incidido en el dato de que “*the adjective “legal” in Rule 41(5) is clearly used in contradiction to “factual” given the drafting genesis of Rule 41(5)... Accordingly, it would seem that the tribunal is not concerned, per se, with the factual merits of the Claimant’s three claims*”²¹². Sin embargo, la propia práctica es, igualmente, consciente de que ello no evita que, en ocasiones, al adoptar la decisión deban valorarse, elementos fácticos²¹³. Como recuerdan Brandes o Trans-Global, “*pocas veces es posible evaluar el mérito jurídico de cualquier reclamación sin examinar también las premisas de hecho sobre las que procede la reclamación*”²¹⁴. Ello implica, en última instancia, que el adjetivo “*manifiesta*” recogida en la Regla queda referido no sólo a los fundamentos jurídicos del asunto sino, también, a sus bases fácticas y, que, además, sea aplicado “*respecto del mérito de las reclamaciones, y también cuando el Tribunal examina la cuestión de la jurisdicción*”²¹⁵.

68. Esta interconexión entre la dimensión jurídica y fáctica de una concreta disputa plantea la cuestión de “*what balance to strike so that facts are sufficiently yet selectively discussed, not for their intrinsic truth, but to prove or disprove the legal claims which they support*”²¹⁶. En tal sentido, la práctica del CIADI acepta que la separación entre hechos y fundamentos jurídicos no siempre es fácil²¹⁷, o susceptible de ser “*resuelta ipso facto*”²¹⁸, dada la interrelación existente entre los dos planos. Y que ello puede conllevar una exigencia de sopesar ambos, generando un nivel diverso de valoración respecto de los fundamentos jurídicos, y de las bases fácticas de la reclamación, dada su naturaleza diversa.

²⁰⁶ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º 93.

²⁰⁷ Sobre este punto, y sobre su introducción en el proceso de elaboración del texto de la Regla 41.5, vid. A. ANTONIETTI, “The 2006 Amendments”, *cit.*, p. 440.

²⁰⁸ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, pp. 325-326.

²⁰⁹ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 252, quienes analizan la evolución en la redacción desde la referencia a “manifest without merits” a la actual “manifestly without legal merits”.

²¹⁰ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º 59.

²¹¹ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º 70; Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 12, n.º 30.

²¹² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 27, n.º 83.

²¹³ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 326.

²¹⁴ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, pp. 9-10, n.º 60; Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 30-31, n.º 97.

²¹⁵ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62.

²¹⁶ A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 326.

²¹⁷ Al respecto, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 702.

²¹⁸ Brandes, *Decisión*, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º 59.

i) El tribunal asumirá, de partida, como válidos los aportes fácticos realizados por el demandante

69. La admisión del hecho de que las dimensiones fáctica y jurídica vienen, en muchas ocasiones, directamente vinculadas, va a exigir el desarrollo de un complejo ejercicio de ponderación de las circunstancias que rodean el caso, con vistas a determinar si cuenta con suficiente sustento legal. Algo que, se admite, resulta especialmente complicado, como consecuencia de que en el momento en que debe producirse, el tribunal carece de un completo desarrollo por las partes de las bases jurídicas y fácticas del supuesto: “*En esta etapa temprana del procedimiento, sin pruebas suficientes, el Tribunal no está en condiciones de decidir hechos controvertidos alegados por cualquiera de las partes en un procedimiento sumario*”²¹⁹, al contar sólo con “*a limited evidentiary record*”²²⁰. Ello impacta en la cuestión de cómo verificar la validez de los aportes fácticos de las partes, y del valor que se les va a atribuir en esta fase precoz del proceso arbitral, en que se plantea la excepción de desestimación temprana de la acción planteada.

70. En este sentido, el Convenio CIADI fija en su artículo 36.2 la información que debe necesariamente incorporar la solicitud de arbitraje: “*los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje*”. Pero no se exige de forma expresa, como destaca la práctica, la incorporación de “*other factual merits relevant to the claimant’s claims*”²²¹. En todo caso, y tal como apunta Trans-Global, “*the ICSID Procedural Rules do not expressly require extensive pleading of a claimant’s factual allegations in the request for arbitration, given that traditionally a claimant’s later memorial and reply would ordinarily follow the first session under the written procedure provided by Article 31 of the ICSID Convention*”²²².

71. Lo anterior genera, al menos, tres consecuencias. En primer lugar, la aceptación, de partida, de la validez de los datos aportados por el demandante, teniendo en cuenta la distinta función satisfecha por éstos²²³. Como afirma el tribunal en Brandes, “*en esta etapa preliminar es suficiente, en opinión del Tribunal, aceptar prima facie los hechos verosímiles según los expone la Demandante*”²²⁴. Una aceptación que no sólo refiere a los hechos alegados, sino también a los “*legal standards applicable to determine a violation of a bilateral or multilateral International Investment Agreement*”²²⁵. Y que conduce a la valoración de la suficiencia de la evidencia fáctica aportada por las partes, pero no a la fundamentación jurídica del caso alegada por éstas²²⁶. Así ocurre, por ejemplo, en *Ansung*, donde se afirma que “*In deciding the objection, the Tribunal accepts the facts as pleaded by Ansung. The Tribunal need not decide China’s argument that it must ignore facts that are “incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith,” as it does not find that the facts pleaded by Ansung fall into these categories*”²²⁷.

72. Ahora bien, y este es un segundo punto a destacar, la actividad arbitral en el seno del CIADI ha demostrado su “ambigua relación” con este principio²²⁸. A diferencia de lo que ocurre en otros foros

²¹⁹ Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 9, n.º. 60; Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 30, n.º. 97.

²²⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254. De hecho, la práctica arbitral llega, incluso, a distinguir entre diversas categorías de hechos:

²²¹ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 32, n.º. 100.

²²² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, pp. 31-32, n.º. 99.

²²³ “*En opinión del Tribunal, los hechos pueden cumplir tres funciones distintas: i) hechos que constituyen la base para atribuir responsabilidad; ii) hechos que constituyen la base para decidir acerca de la jurisdicción, y iii) hechos que, aunque se prueben, no pueden servir de base para decidir acerca de la jurisdicción ni de la atribución de responsabilidad*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 11, n.º. 65)

²²⁴ Añadiendo que, “*Por lo tanto, el Tribunal concuerda en este caso con la Demandante, cuando afirma que la Demandada ‘debe demostrar que en las circunstancias que surgen verosímelmente de la Solicitud de arbitraje, no puede otorgarse a la demandante reparación jurídica’*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 12, n.º. 69). En relación con el denominado “prima facie test” vid., L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 703-704.

²²⁵ L. MARKERT, “Summary Dismissal”, *cit.*, p. 703.

²²⁶ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254, nota 170 *in fine*.

²²⁷ *Ansung*, Laudo de 9.3.2017, *cit.*, p. 19, n.º. 71.

²²⁸ M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Frivolous Claims”, *cit.*, p. 153.

donde existen soluciones positivizadas²²⁹, en el marco de la Regla 41.5 está claro que tal aceptación no puede ser ciega, sino que vendrá sometida al *test* de “plausibility and credibility”²³⁰ fijado por la propia práctica. De hecho, esta última refleja la inclinación de los distintos tribunales arbitrales a excepcionar la regla de la aceptación *prima facie* de los hechos alegados antes mencionada²³¹. Así se especifica con claridad, por ejemplo, en Almasryia, al señalar que “*our task will be to determine whether taking the facts as a given, unless they are plainly without foundation, the claims are such that they “manifestly” (i.e. clearly and obviously) lack legal merit*”²³². Y en esta misma línea, el tribunal en el asunto Trans-Global, al proceder a la aplicación de la Regla 41.5, destacará en relación con la valoración de los hechos relevantes para la fundamentación jurídica de la acción que se encuentren en disputa, que “*the tribunal need not accept at face value any factual allegation which the tribunal regards as (manifestly) incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith; nor need a tribunal accept a legal submission dressed up as a factual allegation*”²³³.

73. Sin embargo, ello no implica que haya de realizarse una valoración sistemática y en profundidad de los hechos del caso. El propio tribunal, en Trans-Global así lo resalta apuntando que (it) “*does not accept, however, that a tribunal should otherwise weigh the credibility or plausibility of a disputed factual allegation. Lastly, in applying Article 41 (5) to the particular case, the Tribunal accepts, of course, that it must apply these two wordings together*”²³⁴.

74. Se acepta, en suma, y éste es el tercer punto a destacar, la dificultad de la tarea y el hecho de que, como reconoce PNG, atendido el carácter preliminar de esta excepción, “*a tribunal considering a Rule 41(5) application may not be in a position to decide upon disputed facts*”²³⁵, reiterando la idea de que la Regla 41.5 no está destinada “*to resolve novel, difficult or disputed legal issues*”²³⁶. Y que, en todo caso, “*the very demanding standard of proof outlined above applies no less to jurisdictional than other matters*”, esto es, a los eventuales aspectos fácticos que deba considerar el tribunal al aproximar esta excepción²³⁷.

75. La tarea, definitivamente, no es sencilla y requiere atender al caso concreto. Exigiendo a cualquier tribunal confrontado con la excepción ser “*careful to assure itself that the jurisdictional objection before it was one based on the legal merits and not on disputed issues of fact, but declined, in the event, to uphold the objection itself*”²³⁸.

²²⁹ Como ocurre, por ejemplo, en el mencionado Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (CAFTA-DR), en cuyo art. 10.20.4.c) se explicita que “*Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante...*”. Nótese al respecto, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Frivolous Claims”, *cit.*, p. 153. En relación con la práctica de este precepto, vid. entre otros, Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, Caso CIADI No. ARB/18/43, *Decision on the Respondent’s Preliminary Objection*, de 13.3.2020, p. 36, n.º 17 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11389.pdf>)

²³⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 254.

²³¹ “if disputed facts relevant to the legal merits of a claim are to be regarded as manifestly incredible or inaccurate, frivolous, or made in bad faith”, tal como apunta, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 702, con referencia a la abundante práctica jurisprudencial en la materia en la nota a pie n.º 105.

²³² Almasryia, *Award*, de 1.11.2019, *cit.*, p. 14, n.º 33.

²³³ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 34, n.º 105.

²³⁴ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 34, n.º 105.

²³⁵ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 90.

²³⁶ “*but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts*”, PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 89.

²³⁷ PNG, *Decision*, de 28.10.2014, *cit.*, p. 28, n.º 91. De hecho, en PNG, el tribunal arbitral procede a desestimar la excepción formulada, entendiendo que “*all of the arguments raised by the Respondent’s objections involve disputed, and often complex, legal and factual issues which cannot properly be resolved within the expedited Rule 41(5) procedure*” (*Ibid.*, p. 30, n.º 99).

²³⁸ Global Trading, *Laudo*, de 1.12.2010, *cit.*, p. 7, n.º 30.

j) La verificación de la ausencia manifiesta de fundamentación jurídica

76. Con independencia de la alta complejidad apuntada, los diversos arbitrajes desarrollados en el marco del CIADI en los que se suscita la cuestión del “*early dismissal*” dejan claro, como regla general, que “both the factual and legal premises of the objection under Rule 41(5) have to be established unequivocally”²³⁹. En este sentido, la doctrina, en línea con la práctica del CIADI, apoya la presencia de dos niveles diferenciados de valoración por parte de un eventual tribunal a la hora de aproximar los hechos y los fundamentos jurídicos aportados, con vistas a determinar la “*manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación*” a la que refiere la Regla. Así, mientras los hechos alegados por el demandante serán, de partida, aceptados como válidos; sujetos, eso sí, a los mencionados requerimientos de plausibilidad y credibilidad, para determinar si con base en ellos podría constatarse la eventual violación de la obligación u obligaciones en litigio. La concreción definitiva de la ausencia de fundamentos jurídicos deberá, siempre, estar sometida a un alto grado de exigencia²⁴⁰.

77. Asentado en estas bases, el laudo en el asunto Rachel S. Grynberg añade un dato adicional relevante, al optar por una interpretación de la Regla 41.5 en clave de “*In dubio pro demandante*”. Lo que conlleva que la existencia del más mínimo atisbo de viabilidad de la acción deba dar lugar a la desestimación de la excepción formulada: “*given the potentially decisive nature of an Article 41(5) objection, we would add that, for a tribunal faced with such an objection, it is appropriate that a claimants’ Request for Arbitration be construed liberally and that, in cases of doubt or uncertainty as to the scope of a claimant’s allegation(s), any such doubt or uncertainty should be resolved in favour of the claimant*”²⁴¹. Ello plantea la cuestión de saber cuándo un Tribunal puede considerar que “*it is in possession of sufficient materials to decide the matter summarily*”²⁴². Una problemática que, de hecho, se engarza estrechamente con la mencionada búsqueda del equilibrio entre el rechazo de demandas manifiestamente carentes de base jurídica, y el derecho de las partes al debido proceso²⁴³.

78. En este sentido, si como se afirma en Lotus, “*the tribunal is satisfied that no such arguable case has been identified, it is in accordance with the sound administration of justice that the claim should be halted and dismissed at that point*”²⁴⁴. Ello, sin embargo, no siempre resulta sencillo, debiendo estarse al caso concreto, y diferenciando, se dice, entre aquellos supuestos de previsible estimación, o desestimación, de la excepción:

- 1) Así, en primer lugar, en el supuesto de que el Tribunal vaya a rechazar la excepción planteada, atendida la existencia de dudas en torno a la ausencia manifiesta de méritos legales de la reclamación presentada, evitará determinar la cuestión de forma sumaria y esperará, consecuentemente, al desarrollo normal del proceso arbitral²⁴⁵. Se apunta, de esta suerte, que el hecho de que “*a claim is not ‘manifestly’ without legal merit does not, self-evidently, mean that it may not subsequently be found without sufficient legal merit for a tribunal to uphold it after full argument*”²⁴⁶.
- 2) Por su parte, en segundo lugar, en el caso de que se intuya que va a procederse a la estimación de la excepción planteada, el tribunal tiene la obligación “*not only to be sure that*

²³⁹ Al respecto, CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 252. Y que, además, como apunta la práctica arbitral del CIADI, “*El nivel de examen de la condición de ‘manifiesta’ obviamente brinda un umbral mucho más alto que el estándar prima facie comúnmente aplicado a la jurisdicción en virtud de la Regla 41(1), según la cual las premisas de hecho de la decisión acerca de la jurisdicción normalmente se consideran en la forma alegada por la Demandante*” (Brandes, Decisión, de 2.2.2009, *cit.*, p. 10, n.º 62). En relación con el mencionado estándar *prima facie*, vid. M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Frivolous Claims”, *cit.*, pp. 154-158.

²⁴⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 255.

²⁴¹ Rachel S. Grynberg, Laudo, de 10.12.2010, *cit.*, p. 26, n.º 6.1.3.

²⁴² Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴³ Al respecto, recuérdese, Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴⁴ Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º 158.

²⁴⁵ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34.

²⁴⁶ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 8, n.º 33.

*the claim objected to is 'manifestly without legal merit,' but also to be certain that it has considered all of the relevant materials before reaching a decision to that effect, with all the consequences that follow from it*²⁴⁷. En tal sentido, por ejemplo en Trans-Global se optó por permitir “two rounds of short and focussed written argument, complemented by two rounds of well-focussed oral argument completed within one single day at the end of the first formal session”²⁴⁸.

k) En todo caso, el tribunal deberá resolver prontamente sobre la excepción

79. El derecho al debido proceso exige al tribunal ofrecer una respuesta sobre la excepción en un tiempo razonable. La Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI no fija un plazo para la emisión por parte del Tribunal de la decisión sobre la excepción planteada, limitándose a señalar que aquel, “después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción.”

80. Si bien “prontamente” debería ser entendido en términos de semanas y no de meses, como resalta la doctrina²⁴⁹, la práctica demuestra divergencias en relación con este punto. Los tribunales en Brandes y Trans-Global tardaron, respectivamente, 4 y 20 días en dictar sus decisiones. Mientras que, en claro contraste con ello, el tribunal en Grynberg se tomó 46 días para hacerlo y en Global Trading, 147 días²⁵⁰. La media estimada por el propio CIADI es de 131 días²⁵¹, poco más de 4 meses. Con indiferencia del lapso requerido, lo cierto es que en este punto confluyen la exigencia de aportar una decisión rápidamente, con la necesidad añadida de fundamentar suficientemente la decisión adoptada, máxime si es estimatoria²⁵².

D) La doble lectura de una Regla consolidada y con vocación de extrapolarse al arbitraje comercial internacional

81. El objetivo de la Regla 41.5 de las Reglas²⁵³ es ser un instrumento al servicio de los árbitros con la finalidad de evitar abusos a la hora de acceder al sistema de arbitraje de inversiones²⁵⁴; a la vez que fomenta su eficiencia. Como reconoce Lotus, “The procedure under Rule 41(5) serves the interests of the efficient administration of justice and the interests of both parties in a case. Dismissal of a claim saves the claimant expending time and resources on the pursuit of a claim that cannot succeed, and it saves the respondent expending time and resources in defending a claim that is so manifestly and fundamentally defective that it calls for no further defence before it is dismissed”²⁵⁵.

82. El alto standard de verificación diseñado por la práctica arbitral, empero, ha confirmado un escaso planteamiento de la excepción, acompañada de un nivel mínimo de estimación²⁵⁶. Si bien ello

²⁴⁷ Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 9, n.º 34

²⁴⁸ “The cooperation of both parties in making this possible was greatly appreciated. The cost has been a slight delay (which the parties accepted was reasonable) between the hearing and the rendering of this Award. But the Tribunal views that as both inevitable and still within the spirit of the Rules.” (Trans-Global, *Decision*, de 12.5.2008, *cit.*, p. 8, n.º 33). En relación con el procedimiento a seguir en relación con la Regla 41.5, vid. A. DIOP, “Objection”, *cit.*, pp. 332-335.

²⁴⁹ A. YEO y K.S. YEN, “Objections”, *cit.*, p. 80.

²⁵⁰ CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 256; A. DIOP, “Objection”, *cit.*, p. 333.

²⁵¹ Vid. ICSID: *ICSID’s Experience*, *cit.*, p. 2, n.º 6; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, p. 20 y ss.

²⁵² CH. BROWN y S. PUIG, “The Power”, *cit.*, p. 256.

²⁵³ Anclada en principios tales como los de buena fe o el abuso de derecho, al respecto, E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 24.

²⁵⁴ E. DE BRABANDERE, “The ICSID”, *cit.*, p. 31.

²⁵⁵ Lotus, *Laudo*, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º 159.

²⁵⁶ Vid. J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, p. 240.

puede entenderse como reflejando, en última instancia, las virtudes de una figura que actuaría como válvula de escape para supuestos realmente inviables o planteados de forma torticera, también puede apoyar su condición de innecesaria. Máxime si se atiende a los potenciales efectos, no necesariamente positivos, que puede tener sobre las expectativas jurídicas de las partes y sobre sus derechos procesales. Así como a su potencial conversión, en “an additional procedural layer, thereby delaying proceedings and increasing costs”²⁵⁷.

83. La Regla 41.5 se encuentra en estos momentos en un proceso avanzado de reforma. Sin embargo, tanto el texto vigente, como el que se avizora²⁵⁸, presentan, como decíamos, potenciales problemas con relación a su encaje con el derecho al debido proceso, especialmente con el derecho de las partes a ser oídos y recibir una resolución debidamente fundamentada²⁵⁹. Algún sector de la doctrina considera, sin embargo, que no es el sistema diseñado por la Regla 41.5 el problema, dada la presencia de esta institución en algunos ordenamientos jurídicos nacionales –fundamentalmente anglosajones y dotados de un sistema de recursos, habría que añadir-, sino la aparente falta de disposición de los árbitros a valorar las circunstancias del caso, y su fundamentación, sin contar con las garantías que implica un proceso²⁶⁰. Y su escasa predisposición a asumir el potencial impacto negativo que lo anterior presenta en el plano de la acción de anulación del laudo dictado.

84. El propio artículo 52.1.d) del Convenio CIADI reconoce a cualquiera de las partes su derecho a solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General con base en “(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”²⁶¹. El objetivo del precepto “is to control the integrity of the arbitral procedure”²⁶², entendiéndose que bajo esa referencia a “norma de

²⁵⁷ CH. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, *et al*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2ª ed., 2009, p. 544.

²⁵⁸ A fecha octubre de 2021, el texto que se propone dice: “Rule 41- *Manifest Lack of Legal Merit*:

(1) *A party may object that a claim is manifestly without legal merit. The objection may relate to the substance of the claim, the jurisdiction of the Centre, or the competence of the Tribunal.*

(2) *The following procedure shall apply:*

(a) *a party shall file a written submission no later than 45 days after the constitution of the Tribunal;*

(b) *the written submission shall specify the grounds on which the objection is based and contain a statement of the relevant facts, law and arguments;*

(c) *the Tribunal shall fix time limits for written and oral submissions on the objection, as required;*

(d) *if a party files the objection before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall fix time limits for written submissions on the objection, so that the Tribunal may consider the objection promptly upon its constitution; and*

(e) *the Tribunal shall render its decision or Award on the objection within 60 days after the latest of:*

(i) *the constitution of the Tribunal;*

(ii) *the last written submission on the objection; or*

(iii) *the last oral submission on the objection.*

(3) *If the Tribunal decides that all claims are manifestly without legal merit, it shall render an Award to that effect. Otherwise, the Tribunal shall issue a decision on the objection and fix any time limit necessary for the further conduct of the proceeding.*

(4) *A decision that a claim is not manifestly without legal merit shall be without prejudice to the right of a party to file a preliminary objection pursuant to Rule 43 or to argue subsequently in the proceeding that a claim is without legal merit.”* (Vid. ICSID, *Proposals*, *cit.*, p. 49 (la Regla 51 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, reproduce la redacción y se encuentra recogida en la p. 416). La vigencia de este texto se realiza en: ICSID: *ICSID’s Experience*, *cit.*, p. 3, n.º. 7. En relación con la propuesta formulada, vid.: T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 50 y ss.

²⁵⁹ Como reconoce la propia jurisprudencia arbitral “*there is perhaps always a theoretical possibility that well-established legal rules and principles could be overturned or not applied in a particular case*” (Lotus, Laudo, de 6.4.2020, *cit.*, p. 40, n.º. 160).

²⁶⁰ Un dato que ya se pone de manifiesto en el ámbito de las medidas cautelares en el arbitraje de inversiones en el que, en contraste con lo que ocurre ante los tribunales estatales, se tiende a rechazar la consideración de los fundamentos del caso a la hora de evaluar su eventual concesión. Y el aparente riesgo de afectar al principio del debido proceso que ello puede generar. Al respecto, J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, pp. 240-241.

²⁶¹ Considérese en relación con esta cuestión, L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, p. 700-701.

²⁶² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, *Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, de 23.12.2003, p. 69, n.º. 180. El Comité procedió a la estimación plena de la solicitud de anulación formulada. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>

procedimiento” se está haciendo referencia a “*procedural rules which may properly be said to constitute —general principles of law, insofar as such rules concern international arbitral procedure*”²⁶³.

85. El motivo ha sido objeto de amplia valoración por el CIADI, considerándose que cubre realidades tales como la ausencia de igualdad en el tratamiento²⁶⁴, el quebrantamiento del derecho a ser oído²⁶⁵, la inexistencia de una significativa deliberación del caso por parte del tribunal arbitral²⁶⁶, la ausencia del respeto al principio de contradicción²⁶⁷ o la ausencia de una adecuada práctica de la prueba²⁶⁸, entre otros.

86. La práctica del CIADI en relación con el artículo 52.1.d) del Convenio CIADI exige “*un alto estándar para su aceptación*”²⁶⁹: el quebrantamiento “*has to be serious*”²⁷⁰ and the rule of procedure fundamental²⁷¹ to justify nullification by an Ad Hoc Committee”²⁷²; a lo que se une la exigencia de que “*the*

²⁶³ *Ibid.*, p. 71, n.º. 187.

²⁶⁴ CDC, Decision, de 29.6.2005, *cit.*, pp. 24-25, n.º. 49.

²⁶⁵ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (en adelante Amco), Caso CIADI No. ARB/81/1, *Decision on the application by Indonesia and Amco respectively for annulment and partial annulment of the arbitral award of June 5, 1990, and the application by Indonesia for annulment of the supplemental award of October 17, 1990*, de 17.12.1992, pp. 56-57, nn.º. 9.08-9.10, la solicitud de anulación fue estimada en su totalidad este caso. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8887.pdf> Igualmente, TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala (en adelante, TECO), Caso CIADI No. ARB/10/23, *Decision on Annulment*, de 5.4.2016, p. 58, n.º. 190-191, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7197_0.pdf

²⁶⁶ CDC, Decision, de 29.6.2005, *cit.*, pp. 24-25, n.º. 49.

²⁶⁷ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, Caso CIADI No. ARB/81/2, Ad hoc Committee Decision on Annulment, de 3.5.1985, p. 57, n.º. 82bis y p. 61, n.º. 90 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf>). La solicitud de anulación fue estimada en su totalidad en este supuesto.

²⁶⁸ Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/27, *Decision on Annulment*, de 9.3.2017, p. 19, n.º. 52 o p. 47, n.º. 130 (y ss.), que estima parcialmente la solicitud de anulación formulada rechazando la alegación formulada con base en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8535.pdf>)

²⁶⁹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (en adelante Occidental), Caso CIADI No. ARB/06/11, *Decision on Annulment of the Award*, de 2.11.2015, p. 135, n.º. 569. El Comité estima parcialmente la solicitud de anulación rechazándose, entre otras, la referida al art. 52.1.d) (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4449.pdf>).

²⁷⁰ Se habla de que “*the violation of such a rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such a rule been observed*” (Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/98/4, *Decision (Annulment Proceeding)*, de 5.2.2002, n.º. 58, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>) o en el sentido de que “*the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide*” (Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (en adelante Maritime), Caso CIADI No. ARB/84/4, *Decision of the Ad hoc Annulment Committee*, de 22.12.1989, p. 10, n.º. 5.05. Un supuesto de estimación parcial de la excepción, en el que el tribunal, una vez estimada la solicitud de anulación por otra causa, no entró a valorar la prevista en el art. 51(1)(d) (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8608.pdf>). Esta argumentación se ve reiterada, entre otras, en Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Caso CIADI No. ARB/01/3, *Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, de 20.7.2010, p. 25, n.º. 71. Un supuesto de estimación parcial de la solicitud de anulación formulada (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7910.pdf>). Frente a lo que se apuntó por alguna de las partes, y en contraste con la existencia de alguna práctica que otorgaba al Comité cierta capacidad para decidir si se procedía a la anulación del laudo en caso de quebrantamiento “serio”, en Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (en adelante Víctor Pey), el Comité entiende que “*it has no discretion not to annul an award if a serious departure from a fundamental rule is established*” (Caso CIADI No. ARB/98/2, *Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile*, de 18.12.2012, p. 35, n.º. 80, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf>). En este supuesto se procedió a una estimación parcial de la solicitud de anulación formulada).

²⁷¹ El carácter fundamental ha sido valorado, entre otros supuestos, en TECO, *Decision*, de 5.4.2016, en el que se apunta que “*sólo se pueden considerar fundamentales las normas de derecho natural, que versan sobre la imparcialidad del procedimiento de arbitraje*” (p. 23, n.º. 86). En este caso, la estimación de la solicitud de anulación fue parcial. Nótese, igualmente CDC, que señala que el precepto “*makes applicable to ICSID arbitrations the ‘minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law’*” (*Decision*, de 29.6.2005, *cit.*, p. 25, n.º. 49).

²⁷² Amco, *Decision*, de 17.12.1992, *cit.*, p. 7, n.º. 1.18. En el mismo sentido, Maritime, *Decision*, de 22.12.1989, *cit.*, p. 8, n.º. 4.06.

*Tribunal must have departed from it*²⁷³. Focalizándose, además, en la forma en que el Tribunal procedió, “y no en el contenido de su decisión”²⁷⁴. Y resaltándose que la tarea del Comité de Anulación no pueda ser “determinar con certeza si se habría logrado alguno de estos resultados sin ponerse en lugar del tribunal, algo para lo cual no está facultado. ... lo que sí puede determinar un comité es si el cumplimiento de una cierta norma de procedimiento por parte del tribunal podría eventualmente haber afectado el laudo”²⁷⁵. Sin embargo, y aunque difícil, el riesgo de anulación existe y es previsible que agarrote a algunos árbitros a la hora de estimar la excepción planteada al amparo de la Regla 51.4²⁷⁶. De hecho, y tal como se ha mencionado ya, y reconoce la práctica arbitral desarrollada en el marco del CIADI, el “derecho a ser escuchado y de plantear la postura propia es uno de los principios fundamentales del debido proceso”²⁷⁷, cuya “violación constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”²⁷⁸. Y ambos, reiteramos, van a verse potencialmente afectados por la atribución al tribunal arbitral, a solicitud de alguna de las partes, de la capacidad de desestimar la demanda en los momentos iniciales del proceso arbitral.

3. La limitada aceptación de la figura al ámbito del arbitraje comercial internacional

87. La figura de la desestimación temprana que, como hemos observado, encuentra acomodo en el arbitraje de inversiones, y en la práctica de algunos tribunales internacionales, se encuentra a debate en el marco del arbitraje comercial internacional; en el que, en los últimos tiempos se está asistiendo a un proceso, todavía muy limitado, de paulatina aceptación por parte de ciertas instituciones arbitrales y centros codificadores. Agudizándose en él parte de los apoyos, críticas y dudas que genera su uso en el arbitraje de inversiones.

88. Hasta tiempos recientes, la figura de la desestimación temprana de la demanda no ha encontrado acomodo en los Reglamentos de las distintas instituciones arbitrales. Tampoco el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI incorpora precepto alguno al respecto²⁷⁹. En tal sentido, y frente a la opción favorable al reconocimiento expreso de este poder a los árbitros y, por ende, de la correlativa posibilidad de las partes de formular una excepción al respecto, la mayoría de los reglamentos arbitrales se limitan a manifestar la obligación del tribunal arbitral de desarrollar el arbitraje de la forma más justa y eficiente posible para la satisfacción de las expectativas de las partes, evitando en todo momento retrasos y gastos innecesarios²⁸⁰. Lo que, para algunos autores, constituiría la base para el reconocimiento del poder -implícito- de los árbitros de actuar en tal sentido²⁸¹.

²⁷³ Tal como se adiciona en, Víctor Pey, *Decision*, de 18.12.2012, *cit.*, p. 33, n.º. 72. En este sentido, vid. igualmente, Occidental, *Decision*, de 2.11.2015, *cit.*, p. 29, n.º. 62.

²⁷⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Caso CIADI No ARB/97/3), *Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007*, de 10.8.2010, p. 33, n.º. 83 (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>). Un supuesto que concluyó con la estimación parcial de la solicitud de anulación formulada, con el rechazo de la alegación formulada con base en el art. 52.1.d) del Convenio CIADI. En este mismo sentido, nótese *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, *Decision on Annulment*, de 21.3.2007, p. 20, n.º. 49. Un supuesto de desestimación de la solicitud de anulación formulada (disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>).

²⁷⁵ TECO, *Decision*, de 5.4.2016, *cit.*, p. 23, n.º. 85.

²⁷⁶ J. WONG y J. YACKEE, “The 2006 Procedural”, *cit.*, p. 242.

²⁷⁷ Tidewater, *Decision*, de 27.12.2016, p. 41, n.º. 149.

²⁷⁸ *Ibid.* En el mismo sentido, Tenaris, pp. 22-23, n.º. 88.

²⁷⁹ Al respecto, nótese, M. POTESTÀ y M. SOBAT, “Fivolous Claims”, *cit.*, pp. 164-165. Sobre las propuestas de reforma del Reglamento planteadas, vid. nota 258 *supra*.

²⁸⁰ Vid. en tal sentido, T.B. (D) DUONG, “The Evolution”, *cit.*, p. 36, nota 2; L. SAN ROMAN GUILJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 884 y ss.; A. RAVIV, “No More Excuses: Toward a Workable System of Dispositive Motions in International Arbitration”, *Arb. Intl.*, vol. 28, n.º. 3, 2012, p. 490.

²⁸¹ Así, por ejemplo, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*, p. 68; A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, p. 500. Ello se ha focalizado, especialmente, en algunas jurisdicciones anglosajonas: así se admite, por ejemplo, desde antiguo en EEUU, *Schlessinger v. Rosenfeld, Meyer & Susman*, 47 *Cal. Rptr. 2d*, 659-660 (Cal. Ct. App. 1995).

89. Esta situación, no obstante, comienza a cambiar. En los últimos tiempos, y como alternativa –o complemento– a los “*fast-track procedures*”²⁸² y a otras alternativas como la bifurcación del proceso, algunas instituciones arbitrales de relevancia han ido optado por incorporar la figura de la desestimación temprana –“*early dismissal*”– en sus reglamentos, tanto en relación con el arbitraje en materia de inversiones, como, lo que resulta más trascendente, respecto del arbitraje comercial internacional. Se trata, como ocurre con la Regla 41.5 en el caso del CIADI, de desestimar de forma temprana uno o varias demandas –y, también, en este caso, eventualmente defensas–, bien a instancia de parte o de oficio por el tribunal, “on the basis that the claim or defence in question has no prospect of success”²⁸³. La explicitación de la admisión de la figura, más allá de reflejar la inexistencia de un poder implícito del árbitro en tal sentido²⁸⁴, resaltaría la exigencia de contar con un mandato normativo claro y taxativo al respecto, en ausencia de una aceptación por las partes.

90. La aceptación, sin embargo, no es ni amplia, ni unánime. De hecho, está sometido a todo tipo de controversias y tensiones. Aquellos –pertenecientes generalmente a familias jurídicas de origen anglosajón– que están a favor de este tipo de mecanismo, destacan el factor de eficiencia, y reducción de costes y tiempo, que aporta, al impedir que demandas sin fundamento presentadas de forma frívola tengan mañana²⁸⁵. Así como el elemento de seguridad y confianza en la institución arbitral que ello promueve²⁸⁶, o su papel en el favorecimiento de soluciones negociadas²⁸⁷. En contra se afirma –en muchas ocasiones desde los países de derecho continental– su negativo impacto en las expectativas jurídicas de los justiciables, y en el derecho de las partes al debido proceso. Así como su posible utilización de manera generalizada y, correlativamente, el incremento en costes y duración que conlleva la consolidación de microprocesos en el marco de un proceso arbitral²⁸⁸. O el potencial fomento de resoluciones sin fundamentos suficientes o contradictorias²⁸⁹.

91. El análisis de las distintas soluciones articuladas por las diversas instituciones arbitrales refleja la pluralidad de enfoques existentes en relación con la filosofía, la forma o la amplitud de la aceptación de la figura. Se combinan, así, posiciones que se limitan a explicitar la capacidad que acompaña a los árbitros para proceder a la desestimación temprana de la demanda, con otras en las que este reconocimiento se desarrolla con más o menos nivel de articulación²⁹⁰. Procediéndose, incluso, en ocasiones, tal como hace la CCI, a diseñar, sin más, un conjunto de directrices dirigidas a los árbitros en relación con la figura.

92. De esta suerte, si, como hemos visto, la Regla 41.5 de la CIADI refiere exclusivamente a la demanda, y se hace dependiente de la voluntad de las partes, la Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules* 2016 lo hace a la demanda y defensas. Y tanto los artículos 14.6(vi) 22.1 de las *LCIA Arbitration Rules*

²⁸² N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, OUP, 6ª ed., 2015, p. 220.

²⁸³ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter*, *cit.*, p. 220.

²⁸⁴ Al respecto, vid. J. GILL, “Applications for the Early Disposition of Claims in Arbitration Proceedings”, en A.J. VAN DEN BERG (Gen. Ed.), *50 years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, International Arbitration Congress (19th: 2008: Dublin, Ireland), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, p. 515.

²⁸⁵ M.F. GUSY, “Saving Time”, *cit.*, p. 38; L. SAN ROMAN GUIJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 882; A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 494-499; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 23; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 8 y 9.

²⁸⁶ J. GILL, “Applications”, *cit.*, p. 515.

²⁸⁷ B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, p. 52.

²⁸⁸ M.F. GUSY, “Saving Time”, *cit.*, p. 38; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 23; D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions in International Arbitration – A Procedural Tool with Both Benefits and Risks*, 16.12.2020, disponible en: <https://www.sidley.com/en/insights/publications/2020/12/summary-dispositions-in-international-arbitration-a-procedural-tool-with-both-benefits-and-risks>

²⁸⁹ B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, p. 52.

²⁹⁰ Una aproximación básica comparada se encuentra en, B. TEO y E. LIM, “Summary Dismissal in Arbitration: Different Standards in Different Rules?”, *Drew & Napier Arbitration Update*, 15.7.2019 (disponible en: <https://www.drewnapier.com/publications/Summary-dismissal-in-arbitration-Different-standar>).

(2020) como el artículo 22.1.viii) de las *DIFC-LCIA Arbitration Rules* (2021) atribuyen explícitamente este poder al tribunal arbitral, de oficio –algo peculiar de ambas- o a instancia de parte, en relación con “*any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim*” formulada. Por su parte, el artículo 39.1 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC afirma la capacidad de cualquiera de las partes para solicitar al tribunal arbitral que decida una o más cuestiones de hecho, o de derecho, a través de un proceso sumario, sin necesidad de tramitar cada fase procesal, a la que de otro modo podría sujetarse el arbitraje. Y el artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules* –intitulado “*Early Determination Procedure*”- explicita en su apartado 1 el poder del Tribunal –“*The arbitral tribunal shall have the power*”, dice- a solicitud de una parte, y tras consultar con el resto de partes, a decidir uno o varias cuestiones de derecho, o de hecho, a través del “*early determination procedure*”. Por su parte, la Nota de la CCI se limitan a hablar de “*Decisión expedita de demandas o contestaciones manifiestamente injustificadas*”.

A) Atribución expresa del poder a los árbitros

93. Como se ha señalado, la aceptación de la institución del “*early dismissal*” se ha articulado en algunos centros arbitrales a través del reconocimiento expreso a los árbitros de su capacidad para proceder a la desestimación temprana de la demanda en los términos fijados por el oportuno Reglamento. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 22.1.viii) de las *DIFC-LCIA Arbitration Rules* (2021)²⁹¹ en el que se apunta que, “*The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or ... upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: ... (viii) to determine that any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim is manifestly outside the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, or is inadmissible or manifestly without merit; and where appropriate to issue an order or award to that effect (an “Early Determination”);...*”²⁹².

94. Una posición que, en cuanto a su amplitud, y a su dependencia, tanto de las partes, como del propio tribunal arbitral, se recoge, igualmente en el artículo 14.6.(vi) de las *LCIA Arbitration Rules* (2020)²⁹³, en el que de forma expresa se reconoce que dentro de los poderes del tribunal arbitral de acuerdo con el artículo 14.5, se encuentra “*the making of any procedural order with a view to expediting the procedure to be adopted in the arbitration by: ... (vi) exercising its powers of Early Determination under Article 22.1(viii)*”²⁹⁴.

95. También la Rule 25.7 de las *ACICA Arbitration Rules incorporating Emergency Arbitrator Provisions* (2021) afirma el poder del tribunal de desestimar tempranamente, tanto la demanda, como ciertas defensas, señalando que, “*For the avoidance of doubt, the powers of the Arbitral Tribunal under these Rules include the power on the application of any party to make an award granting early dismissal or termination of any claim, defence or counterclaim, the subject of the arbitration*”²⁹⁵.

²⁹¹ Nótese, HERBERT SMITH FREEHILLS: *The New DIFC-LCIA Arbitration Rules 2021 – Key Features*, 7.1.2021, disponible en: <https://hsfnotes.com/arbitration/2021/01/07/the-new-difc-lcia-arbitration-rules-2021-key-features/#more-12403>

²⁹² Al respecto, vid. M.F. GUSY, “*Saving Time*”, *cit.*, p. 37.

²⁹³ https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

²⁹⁴ “*Article 22.1. The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraph (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: (viii) to determine that any claim, defence, counterclaim, cross-claim, defence to counterclaim or defence to cross-claim is manifestly outside the jurisdiction of the Arbitral Tribunal, or is inadmissible or manifestly without merit; and where appropriate to issue an order or award to that effect (an “Early Determination”);...*”

²⁹⁵ Exactamente en el mismo sentido se manifiesta la Rule 14.5 *ACICA Expedited Arbitration Rules*.

B) Admisión desarrollada en el Reglamento arbitral

96. En contraste con lo anterior, y reflejando la apuntada pluralidad de soluciones existentes, la aceptación y desarrollo procedimental de la institución se articula, en el ámbito de la SIAC, en la Regla 29.1 de las *Arbitration Rules* 2016 y en la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017. A su vez, la figura encuentra acomodo en el artículo 43 de las *HKIAC Administered Arbitration Rules*, en el artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC, en el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC o en el artículo 26 del *CIETAC Investment Arbitration Rules*.

a) La Regla 29.1 de las *SIAC Arbitration Rules* 2016 y la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017

97. El Reglamento de SIAC de 2016 fue uno de los primeros -de los grandes centros arbitrales- en aceptar y regular la figura de la desestimación temprana de las demandas o defensas en los casos en que aquellas carecen manifiestamente de fundamento jurídico, o se encuentran fuera del ámbito competencial del tribunal²⁹⁶. El objetivo declarado de la norma “is to enhance efficiency”²⁹⁷, reduciendo la duración del proceso arbitral y sus costes. En tal sentido, la Regla 29.1 de las *Arbitration Rules* 2016 rubricada como “*Early Dismissal of Claims and Defences*” afirma que “*A party may apply to the Tribunal for the early dismissal of a claim or defence on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit; or b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal*”²⁹⁸.

98. La solución recogida en el Reglamento del SIAC, aunque inspirada en las Reglas 41.5 y 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, es más amplia que aquella, dado que lejos de limitar su juego exclusivamente a la demanda²⁹⁹, cubre tanto a ésta como a las eventuales defensas que las partes puedan plantear en relación con aquella. Ello, se dice, puede plantear dudas sobre el significado concreto de la expresión “*defence*”³⁰⁰, así como dar lugar a un eventual solapamiento de los dos motivos de oposición enunciados en el precepto³⁰¹. Además, en contraste con el plazo de 30 días desde la fecha de la constitución del tribunal arbitral, que fija la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Regla 29.1 del Reglamento SIAC no aporta plazo alguno para la formulación de la excepción³⁰². Ni siquiera afirma que ésta deba plantearse en los estadios iniciales del proceso arbitral, lo que apoyaría su disponibilidad a lo largo de éste³⁰³; limitándose a reconocer de forma genérica tal posibilidad. Nada se dice, tampoco, en relación con aquellos supuestos en que exista contradicción entre las partes en relación con los hechos sobre los que se sustenta el caso.

²⁹⁶ Al respecto, E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules 2016: New Features”, en *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 5, n.º 2, 2017, p. 143; CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

²⁹⁷ G. BORN, “An alternative route”, *Int'l Fin. L. Rev.*, vol. 36, n.º 5, 2017, p. 45. La Regla 29.1 debe interpretarse en relación con las soluciones recogidas en la Regla 28.1 y 3 del Reglamento SIAC. Ello supone, en última instancia, ofrecer a las partes tres vías posibles, en momentos diversos, de impugnar la competencia del tribunal, lo que plantea, entre otros extremos, la cuestión de dilucidar si el significado de “*manifestly outside the jurisdiction*” recogida en la Regla 29.1 y “*prima facie*” presente en la Regla 28.1 resultan coincidentes. Al respecto, E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 146. En todo caso, en cualquier aproximación a la Regla 29.1 subyace la apuntada tensión entre la búsqueda de la eficiencia y la salvaguarda de los derechos y expectativas de las partes, nótese en este sentido, A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29 On Early Dismissal: How Early Is Early?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 10.4.2020.

²⁹⁸ Un análisis en profundidad de la Regla se encuentra en, J. CHOONG, “Early Dismissal of Claims and Defences: (SIAC Rule 29)”, en J. CHOONG, M. MANGAN y N. LINGARD (Eds.), *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*, Oxford, OUP, 2ª ed., 2018. Nótese igualmente, B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 35-36.

²⁹⁹ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 143.

³⁰⁰ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 145.

³⁰¹ E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, p. 145.

³⁰² E. DULAC y A. LO, “The SIAC Rules”, *cit.*, pp. 146-147.

³⁰³ En tal sentido, aunque en relación con la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules* 2017, vid. CH. BOOG y PH. WIMALASENA, “The SIAC IA Rules: A New Player in the Investment Arbitration Market”, *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 6, n.º 1, 2017, p. 81.

99. La solicitud de una desestimación temprana de una demanda o defensa, tal como precisa el apartado 2 de esta Regla 29, deberá detallar, tanto los hechos, como el fundamento jurídico de la solicitud. Y la parte que formule la excepción, a la vez que procede a ello, habrá de remitir una copia de la solicitud a la contraparte, informando de esto al tribunal, y especificando el mecanismo utilizado para la notificación y la fecha en que se ha realizado.

100. El tribunal decidirá de forma discrecional sobre la admisión de la excepción planteada. Si la admite a trámite, señala el apartado 3 de la Regla 29, deberá decidir, tras dar a las partes la posibilidad de ser oídas, si estima totalmente o en parte la solicitud planteada al amparo de la Regla 29.1. Si se estima la excepción, el tribunal, de acuerdo con el mandato de la Regla 29.4, dictará una orden o laudo sobre la solicitud “*with reasons, which may be in summary form. The order or Award shall be made within 60 days of the date of filing of the application, unless, in exceptional circumstances, the Registrar extends the time*”, sin especificar cuáles puedan ser tales circunstancias. En todo, caso, debe tenerse en cuenta que la decisión adoptada estará sometida al control del *Registrar*, en cuanto a la forma y al fondo de lo decidido, al amparo de la Regla 32.3 de las *Arbitration Rules*.

101. La aplicación del precepto no ha sido excesiva hasta el momento. Así, en el año 2020, por ejemplo, la SIAC reporta 5 solicitudes recibidas, de las que 2 fueron aceptadas -rechazándose 1 con posterioridad-, 1 fue rechazada y las otras 2 se encontraban pendientes todavía a la hora de elaborar el informe anual³⁰⁴. El 7 de julio de 2020 SIAC comunicó el inicio del proceso de revisión de sus Reglas de 2017, anunciando que se habían establecido un conjunto de comisiones encargadas de tratar diversos aspectos de aquellas, y que se espera esté concluido a finales de 2021. Una de ellas abordará, precisamente, la problemática del “iv) Arbitral Procedure and Powers of the Tribunal (including Early Dismissal)”³⁰⁵.

102. La solución recogida en la Regla 26 de las *SIAC Investment Rules 2017* difiere un tanto de la prevista en las Reglas de Arbitraje: por ejemplo, en lo referente a las causas³⁰⁶. El precepto, rubricado igualmente como “*Early Dismissal of Claims and Defences*” apunta en su primer apartado que, cualquier parte puede solicitar al Tribunal la desestimación temprana de una demanda o de una contestación “*on the basis that: a. a claim or defence is manifestly without legal merit; b. a claim or defence is manifestly outside the jurisdiction of the Tribunal; or c. a claim or defence is manifestly inadmissible*”. Este tercer motivo no aparece recogido en la Regla 29.1 de las Reglas de Arbitraje.

103. En línea con lo que hace la Regla 29.2 de las Reglas de Arbitraje, la Regla 26.2 de las *SIAC Investment Rules 2017* señala que la solicitud deberá recoger de forma detallada los hechos y fundamentos legales que la sustentan. Al mismo tiempo que presenta la solicitud ante el Tribunal, la parte solicitante deberá remitir una copia de la solicitud a la otra parte, comunicando al tribunal este hecho, y especificando el modo de notificación utilizado y la fecha de la notificación.

104. Por su parte, el tenor de las Reglas 26.3 y 26.4 de las *SIAC Investment Rules 2017* coinciden exactamente con el de las Reglas 29.3 y 29.4 de las Reglas de Arbitraje de 2016, con la importante excepción de que, de acuerdo con la Regla 26.4 de las *Investment Rules*, la eventual orden o laudo dictada por el Tribunal, deberá serlo, como regla general, en un plazo de 90 días desde la presentación de la solicitud, y no de 60 días, como ocurre en la Regla 29.4 de las Reglas de Arbitraje de 2016.

³⁰⁴ SIAC, Annual Report 2020 Trends and Observations, SIAC, Singapore, 2020, p. 22 (disponible en: https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf). A estas cifras deben unirse las 30 solicitudes formuladas en el período 2017-2019, de las que 9 fueron aceptadas. Al respecto, vid., A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29”, *cit.*

³⁰⁵ Vid. *SIAC Announces Commencement of Revisions for SIAC Arbitration Rules*, disponible en: <https://siac.org.sg/ysiac/about-us/69-siac-news/669-siac-announces-commencement-of-revisions-for-siac-arbitration-rules>

³⁰⁶ Vid. A. SHAH y R. BHATTACHARYA, “SIAC Rule 29”, *cit.*

b) El artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules*

105. También el artículo 43 de las *HKAC Administered Arbitration Rules* –intitulado “*Early Determination Procedure*”– reconoce de forma explícita, en su apartado 1, el poder del Tribunal –“*The arbitral tribunal shall have the power*”, dice-, a decidir una o varias cuestiones de derecho, o de hecho, a solicitud de una parte, y tras consultar con el resto de partes, a través del “*early determination procedure, on the basis that: (a) such points of law or fact are manifestly without merit; or (b) such points of law or fact are manifestly outside the arbitral tribunal’s jurisdiction; or (c) even if such points of law or fact are submitted by another party and are assumed to be correct, no award could be rendered in favour of that party*”³⁰⁷.

106. La solicitud deberá incluir, como exige el apartado 4 del precepto, la formulación de la petición de determinación temprana de uno o varios puntos jurídicos, o fácticos, y una descripción de los mismos³⁰⁸. Así como una declaración de los hechos y fundamentos legales que la sustentan³⁰⁹; una propuesta de la forma del procedimiento de determinación temprana a ser adoptada por el tribunal³¹⁰ y comentarios sobre cómo esta propuesta satisfaría los objetivos mencionados en los artículos 13.1 y 5 de las Reglas; que refieren a la evitación de gastos y retrasos innecesarios, y al aseguramiento del debido proceso y de los principios de audiencia y contradicción³¹¹. Al amparo del artículo 43.2, cualquier parte que formule una solicitud de procedimiento de determinación anticipada deberá comunicarla, además de al Tribunal arbitral, a la HKAC y al resto de partes. Igualmente, habrá de formularla, tal como señala el apartado 3 del artículo 43, tan pronto como sea posible “*after the relevant points of law or fact are submitted, unless the arbitral tribunal directs otherwise*”.

107. En consonancia con el mandato del apartado 5 del artículo 43 de las Reglas, el tribunal arbitral, tras ofrecer a todas las partes la oportunidad de realizar las alegaciones que estimen oportunas en relación con la solicitud formulada, y en el plazo máximo de 30 días desde el momento de su formulación³¹², “*shall issue a decision either dismissing the request or allowing the request to proceed by fixing the early determination procedure in the form it considers appropriate*”. En este último supuesto, y de acuerdo con el tenor del artículo 43.6 de las Reglas, el Tribunal arbitral, en un plazo máximo de 60 días desde la adopción de su decisión de aceptar la excepción³¹³, dispondrá, a través de una orden o laudo –“*which may be in summary form*”, sobre los extremos de derecho o hecho que resulten relevantes. Durante este tiempo de pendencia de la solicitud, el tribunal arbitral puede decidir si, y hasta qué punto, el proceso arbitral debe continuar³¹⁴.

c) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje (2017) de la SCC y el artículo 40 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados (2017) de la SCC

108. Tanto el Reglamento de Arbitraje de la SCC, de 2017, como el Reglamento de Arbitrajes simplificados, incorporan un precepto relativo al proceso sumario³¹⁵. De hecho, el artículo 40 de este segundo repite de forma mimética el tenor del artículo 39 del Reglamento de Arbitraje.

³⁰⁷ Al respecto, vid. B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 39-40; M. ALTENKIRCH y M. BOUSSIHAD, *Fast, faster, Early Determination Procedures?*, Baker Mackenzie Global Arbitration News, 7.11.2018, disponible en: <https://globalarbitrationnews.com/fast-faster-early-determination-procedures/>

³⁰⁸ Art. 43.4.(a) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³⁰⁹ Art. 43.4.(b) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹⁰ Art. 43.4.(c) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹¹ Art. 43.4.(d) *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹² Un plazo que, como especifica el precepto, puede ser doblemente extendido: “*may be extended by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKAC*”.

³¹³ De nuevo, el precepto permite la extensión de este plazo, “*by agreement of the parties or, in appropriate circumstances, by HKAC*”.

³¹⁴ Art. 43.7 *HKAC Administered Arbitration Rules*.

³¹⁵ Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

109. El artículo 39.1 del Reglamento de Arbitraje de la SCC reconoce la capacidad de cualquiera de las partes para solicitar al tribunal arbitral que decida sobre una o más cuestiones de hecho, o de derecho, a través de un proceso sumario, sin necesidad de tramitar cada fase procesal, a la que de otro modo podría sujetarse el arbitraje. La solicitud formulada podrá referirse, tal como precisa el apartado 2 del mencionado artículo 39, a cuestiones “*de jurisdicción, admisibilidad o de fondo*”. Pudiendo incluir “*por ejemplo, una afirmación de que: (i) una alegación de hecho o de derecho sustancial para la resolución del caso es manifiestamente insostenible; (ii) incluso si los hechos alegados por la otra parte se asumieran ciertos, no sería posible bajo el derecho aplicable dictar un laudo favorable a tal parte; o (iii) cualquier cuestión de hecho o de derecho sustancial para la resolución del caso es, por cualquier otro motivo, susceptible de ser decidida a través de un proceso sumario*”. En todo caso, la solicitud deberá especificar las razones en que se fundamenta, la forma en que se propone proceder sumariamente y, tal como apunta el artículo 39.3, demostrar que tal proceder es eficiente y apropiado dadas las circunstancias del caso.

110. El tribunal arbitral ha de ofrecer a las partes la posibilidad de presentar los comentarios que estime oportunos. Tras lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 39, deberá dictar un auto, bien rechazando la solicitud, o fijando el proceso sumario en la forma en que éste lo estime apropiado. En esta decisión, añade el apartado 5 del precepto, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias que estime relevantes; incluyendo en qué medida el proceso sumario contribuye a una resolución más eficiente y expedita de la controversia. Si la solicitud de proceso sumario es estimada, el apartado 6 del artículo 39 exige al tribunal arbitral dictar auto o laudo sobre las distintas cuestiones sometidas a su consideración de manera eficiente y expedita, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto, y otorgando a cada parte una oportunidad suficiente para exponer su caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.2 del Reglamento de Arbitraje³¹⁶.

d) El artículo 26 de la CIETAC Investment Arbitration Rules

111. También el CIETAC incorpora la figura en su Reglamento de arbitraje de inversiones. El precepto, rubricado como “*Early Dismissal of Claim or Counterclaim*”, señala en su apartado 1 que “*A party may apply to the arbitral tribunal for the early dismissal of a claim or counterclaim in whole or in part on the basis that such a claim or a counterclaim is manifestly without legal merit, or is manifestly outside the jurisdiction of the arbitral tribunal.*”³¹⁷. Esta regla se desarrolla en los siguientes cinco apartados del artículo.

C) La existencia de notas o guías de apoyo al tribunal arbitral

112. Frente a las soluciones anteriores, la CCI adopta una aproximación peculiar, excluyendo la incardinación de la figura en el Reglamento Arbitral, y optando por incorporarla en la Nota a las partes y a los tribunales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2021³¹⁸.

113. El Reglamento de arbitraje de la CCI, su artículo 22.1, en línea con la posición tradicionalmente mantenida por otros grandes centros arbitrales, compele al tribunal arbitral, y a las partes, a rea-

³¹⁶ La mención en el art. 40.6 del Reglamento de Arbitrajes Simplificados, lo es al art. 24.2 de éste último.

³¹⁷ Al respecto, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 3.

³¹⁸ Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-the-arbitration-spanish-version/> Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 3-4. Sobre la posición mantenida por la CCI en relación con estas excepciones, vid., A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 491-492. Una solución en esta misma línea se encuentra, por ejemplo, en el marco del *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, en cuyo seno se han elaborado las *Guidelines on Early Disposition of Issues in Arbitration*, Disponible en: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/guidelines-on-early-disposition-of-issues-in-arbitration>

lizar todos los esfuerzos necesarios para que el arbitraje se desarrolle de una manera expedita, y eficaz, en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. Debiendo actuar el Tribunal, en todo caso, de forma justa e imparcial, y asegurando que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su posición³¹⁹.

114. En línea con ello, y a efectos de asegurar el desarrollo efectivo del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, queda requerido a adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que, añade el apartado 2 del artículo 22, no vulneren ningún acuerdo adoptado por aquellas. Tales medidas podrán incluir una o más de las técnicas para la conducción del caso recogidas en el Apéndice IV del Reglamento. Igualmente, y a solicitud de cualquier parte, podrán dictarse órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento, o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje³²⁰. En todo caso, las partes, tal como exige el artículo 22.5, se comprometen a cumplir cualquier orden dictada por el tribunal arbitral.

115. La Nota a las partes y a los tribunales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2021, viene a complementar el mandato del artículo 22, incorporando en su numeral VII –“*Conducción del arbitraje*”- una letra D rubricada “*Decisión expedita de demandas o contestaciones manifiestamente injustificadas*”, en el que se incluyen orientaciones sobre cómo abordar una solicitud para la decisión expedita de demandas o defensas manifiestamente injustificadas “*en el sentido amplio del artículo 22*” del Reglamento de Arbitraje³²¹.

116. Se señala, así, que cualquier parte podrá solicitar al tribunal arbitral la adopción de una decisión expedita sobre una o varias demandas o defensas, con base en el hecho de que estas carecen manifiestamente de fundamento, o que se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral –a la que la Nota califica gráficamente como la “*solicitud*”-. Requiriendo, eso sí, que ésta se formule lo antes posible -sin aportar plazo cerrado al respecto- tras la presentación de las pertinentes demandas o defensas³²².

117. En consonancia con el numeral 111 de la Nota, el tribunal arbitral cuenta con “*discreción plena*” para decidir si permite que proceda la solicitud. Para ello, atenderá a las circunstancias que considere pertinentes; tales como la fase en que se encuentra el procedimiento y la necesidad de asegurar eficiencia en cuanto a tiempo y costos. En el caso de aceptar la solicitud, añade el numeral 112 de la Nota, el tribunal arbitral adoptará de inmediato las medidas procesales que considere oportunas, previa consulta a las partes; concediéndose en todo caso al resto de partes la oportunidad de contestar a la solicitud³²³.

118. En todo caso, el tribunal arbitral queda obligado a decidir sobre la solicitud “*lo antes posible*” -de nuevo, el numeral 113 de la Nota evita aportar un plazo cerrado- y “*de forma coherente con la naturaleza de la misma*”-. Pudiendo indicar –no usa el imperativa, sino el condicional- las razones para su decisión de la manera más concisa posible. Tal decisión podrá adoptar la forma de una orden o de un laudo, pudiendo el tribunal decidir, en ambos casos, sobre los costos de la solicitud, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 38 del Reglamento de Arbitraje, o reservar su decisión para una fase posterior.

³¹⁹ Art. 22.4 Reglamento Arbitraje (2021) CCI. Nótese PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 68; B.T. HOWES, A. STOWELL y W. CHOI, “The Impact”, *cit.*, pp. 37-39.

³²⁰ Art. 22.3 Reglamento Arbitraje (2021) CCI. El precepto añade que, igualmente, el tribunal “*podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial*”.

³²¹ Numeral 109. En el marco de la CCI consta un uso de esta posibilidad en dos casos, el ICC Case No. 11413 y 12297. En ambos se rechazó la excepción planteada. Al respecto, vid. CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2; G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, pp. 29-30.

³²² Numeral 110.

³²³ En todo caso, añade el numeral 112, “*La presentación ulterior de pruebas solamente se permitirá en circunstancias excepcionales*”.

119. En línea con la filosofía que imbuye el artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la Corte examinará todo laudo dictado respecto de una solicitud de decisión expedita, “normalmente dentro del plazo de una semana” tras su recepción por parte de la Secretaría³²⁴.

III. Los trabajos de la CNUDMI en relación con la desestimación temprana de la demanda como ejemplo de la tensión que acompaña a la potencial aceptación de la figura en el ámbito del arbitraje comercial internacional

120. El debate sobre la figura de la desestimación temprana de la demanda está abierto en el ámbito del arbitraje comercial internacional y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional no es ajena a este proceso. En este sentido, el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI recibió en el 51º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York en junio y julio de 2018, el mandato de tratar las cuestiones relativas al arbitraje acelerado³²⁵ en un intento de alcanzar el apuntado “magic triangle” arbitral³²⁶: menor coste, menor duración y mayor calidad del arbitraje, con independencia del significado exacto que se pueda atribuir a este último concepto. Un objetivo, el de aunar estos tres principios que, llamativamente, para algunos resulta intrínsecamente imposible³²⁷. Los trabajos concluyeron con la aprobación del Reglamento de Arbitraje acelerado³²⁸, en el 54º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York entre el 28 de junio y el 16 de julio de 2021³²⁹.

121. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo II tomaron como base la nota de la Secretaría de 16 de noviembre de 2018, sobre *Solución de controversias comerciales. Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado*³³⁰, en la que se avanzaban todo un conjunto de aspectos susceptibles de ser estudiados, con vistas a promover la eficiencia del arbitraje; intentando preservar a su vez la máxima calidad y el respeto a las garantías procesales y la equidad³³¹. Entre ellas, se apuntaba la problemática de la “desestimación temprana de reclamaciones mediante procedimiento sumario”³³², un instrumento “del que pueden servirse los tribunales arbitrales para desestimar las demandas y contestaciones infundadas”³³³. Un primer borrador se incorporó en el documento A/CN.9/WG.II/WP.209, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado*, de 25 de julio de 2019³³⁴.

122. Desde el inicio de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo se manifestó profundamente dividido en torno a la eventual admisión, tanto de la desestimación temprana, como de la determinación preliminar, en el Reglamento de Arbitraje Acelerado³³⁵; rechazándose, finalmente, incluir en

³²⁴ Numeral 114.

³²⁵ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., par. 252, p. 48.

³²⁶ Vid., J. KIRBY, “Efficiency”, cit., pp. 690-693.

³²⁷ Al respecto, vid. J. RISSE, “Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings”, *Arb. Int'l*, vol. 29, núm. 3, 2013, p. 454.

³²⁸ Disponible en: <https://uncitral.un.org/es/content/expedited-arbitration-rules>

³²⁹ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., pp. 38-39, nº. 189.

³³⁰ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit.

³³¹ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., p. 4 y p. 7, nº. 22.

³³² CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.207, de 16.11.2018, *Solución*, cit., p. 12, nº. 42.

³³³ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.209, de 25.7.2019, *Solución de controversias comerciales - Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado - Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 70º período de sesiones, Viena, 23 a 27.9.2019, p. 16, nº. 74.

³³⁴ Tanto sobre la desestimación temprana como sobre la determinación preliminar (Vid. CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.209, de 25.7.2019, *Solución*, cit., pp. 15-18, nnº. 73-78). Entendiéndose que éste último “permite a una parte solicitar al tribunal arbitral que decida sobre una o más cuestiones de derecho o de hecho sin que deban realizarse todos los actos procesales que, de otro modo, las partes y el tribunal arbitral deben llevar a cabo en el arbitraje (un mecanismo a menudo también denominado “procedimiento sumario”” (*Ibid.*, p. 17, nº. 76).

³³⁵ Un análisis de las opiniones contradictorias manifestadas en relación con estas instituciones se encuentra en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones*

él una disposición en relación con estas figuras³³⁶, y apostándose por proceder a su análisis en una etapa posterior³³⁷.

123. No obstante lo anterior, la Comisión, en su 54º periodo de sesiones, de junio-julio de 2021, solicitó al Grupo de Trabajo II que, en su 74º periodo de sesiones, a celebrar en septiembre de 2021, procediera a examinar el tema de la desestimación temprana³³⁸, con vistas a la posible inclusión de una disposición al respecto, ya no en el Reglamento de Arbitraje Acelerado, sino en el Reglamento de Arbitraje. Y ello, con independencia de la aceptación por parte de la propia Comisión de “los enfoques divergentes que existían en las distintas jurisdicciones y también en el contexto del arbitraje de inversiones”³³⁹. En tal sentido, la Secretaría preparó el Documento A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto de disposición sobre excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares – Nota de la Secretaría*, de 3 de agosto de 2021³⁴⁰, en el que se recoge un proyecto de disposición sobre “*excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*”.

124. La propuesta formulada –“*Proyecto de disposición X (Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares)*”³⁴¹– es especialmente amplia en su ámbito de aplicación, reconociendo a las partes, en su apartado 1, la posibilidad de oponer ante el tribunal arbitral un elenco de excepciones: “*I ...: a) que la demanda o contestación carece manifiestamente de fundamento jurídico; b) que algunas de las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basa una demanda o contestación carecen manifiestamente de fundamento; c) que alguna de las pruebas no es admisible; d) que no procedería dictar ningún laudo a favor de la otra parte aun suponiendo que las cuestiones de hecho o de derecho en las que se basara una demanda o contestación fueran correctas; e) ...*”.

125. En línea con lo que hacen la Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y en contraste con la opción mantenida por algunas instituciones arbitrales, la excepción sólo puede ser planteada por las partes, quienes, de acuerdo con el apartado 2 de la propuesta de disposición, deben plantearla “*en cuanto sea posible y a más tardar 30 días después de que se haya presentado la demanda o contestación, la cuestión de hecho o de derecho o la prueba de que se trate*”. En todo caso, se atribuye al tribunal arbitral la capacidad genérica de “*admitir una excepción que se oponga más tarde si considera justificada la demora*”.

126. El proyecto de disposición exige que la parte que plantee la excepción señale, con la mayor precisión posible, los hechos y fundamentos de derecho en que se basa, debiendo demostrar “*que una resolución sobre la excepción agilizará el proceso teniendo presentes todas las circunstancias del caso*”³⁴². El tribunal arbitral, tras invitar a las partes a manifestar su opinión en relación con la excepción

preliminares – Nota de la Secretaría, Grupo de Trabajo II (Solución de Controversias), 74º periodo de sesiones, Viena, 27.9 a 1.10.2021, pp. 2-3, nº. 3.

³³⁶ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 3, nº. 4.

³³⁷ CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.212, de 21.11.2019, *Solución*, cit., p. 25, nº. 111. Reproduciéndose el borrador de preceptos en las pp. 25-26, nº. 112. La misma apuesta por un eventual análisis posterior se reitera en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.214, de 23.7.2020, *Solución de controversias comerciales – Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 72º periodo de sesiones, Viena, 21 a 25.9.2020, p. 27, nº. 136, incorporándose el borrador de un precepto unificado, rubricado como “*(Excepciones oponibles en cuanto al fundamento y resoluciones preliminares)*”, en pp. 27-28, nº. 137. Texto que aparece, a su vez, reproducido en CNUDMI, Doc. A/CN.9/WG.II/WP.216, de 13.1.2021, *Solución de controversias comerciales – Proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado – Nota de la Secretaría*, Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias), 73º periodo de sesiones, Nueva York (en línea), 22 a 26.3.2021, pp. 30-31, nº. 76.

³³⁸ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., p. 45, nº. 214.b).ii) y CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 3, nnº. 5 y 6.

³³⁹ NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión*, Doc. A/76/17, cit., p. 52, nº. 242.

³⁴⁰ Cit. nota 335 *supra*.

³⁴¹ CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., pp. 3-4, nº. 7.

³⁴² *Proyecto de disposición X (Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares)*, nº. 3, CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, *Proyecto*, cit., p. 4, nº. 7.

planteada, determinará si ha de dictar una resolución sobre la excepción, a modo de cuestión preliminar, dentro de los (15) días siguientes a la fecha en que se haya opuesto³⁴³. Debiendo resolver la excepción en los (30) días siguientes a la fecha de su planteamiento; aunque, como señala el apartado 5 de la propuesta, se reconoce al tribunal la posibilidad de ampliar el plazo “*en circunstancias excepcionales*”. En todo caso, añade el apartado 6 del borrador de disposición, la resolución sobre la excepción dictada por el tribunal no impide a las partes objetar en cualquier momento del transcurso del proceso la carencia de fundamento jurídico de la demanda o contestación.

127. Una vez más, el grupo de trabajo se ha mostrado profundamente dividido en relación con la posibilidad de incorporar una disposición que aborde esta figura en el Reglamento de Arbitraje. Y así, junto al eventual solapamiento con los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI en materia de arbitraje de inversiones³⁴⁴, se han apuntado todo un conjunto de argumentos a favor y en contra de la eventual incardinación³⁴⁵; haciéndose patente la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre la necesidad de regular la cuestión, o la forma de hacerlo³⁴⁶. Como la propia Secretaría admite, la conclusión final es que, en el supuesto de que el Grupo decidiera optar por regular la cuestión, existirían tres opciones sobre la mesa: “A detailed provision similar to draft provision X³⁴⁷, which would list the types of pleas allowed and introduce a standard of review as well as the relevant procedure; A provision highlighting in generic terms the inherent powers of the arbitral tribunal to make early or preliminary determinations on aspects other than jurisdiction; and A guidance document on the use of those powers under the UARs.”³⁴⁸. Y en tal sentido, el Grupo de Trabajo invitó a la Secretaría a ofrecer versiones articuladas de ellas³⁴⁹.

IV. ¿La fuerza del destino?

128. Aunque con una presencia muy limitada en la realidad normativa del arbitraje comercial internacional, el debate en torno a la conveniencia de contar con disposiciones que recojan y regulen, con mayor o menor amplitud, la figura del “*early dismissal*” de, al menos, las demandas arbitrales, está abierto: y no es ni neutro ni intrascendente³⁵⁰. En él se hace patente la ya apuntada tensión entre la búsqueda de la máxima eficiencia –traducida, entre otros extremos, en el menor coste y duración del proceso–, y la salvaguarda del derecho de las partes a hacer valer plenamente sus derechos, y al debido proceso.

129. Con un amplio fomento desde los Estados Unidos de América del Norte y otros países de *Common-Law*³⁵¹, la importación de instituciones procesales anglosajonas³⁵² en el ámbito del arbitraje comercial internacional no parece que haya redundado, hasta el momento, en un beneficio para él, en términos de costo, duración y previsibilidad del resultado. Todo lo contrario, ha favorecido que la

³⁴³ Proyecto de disposición X (*Excepciones oponibles en cuanto al fondo y resoluciones preliminares*), n.º. 4, CNUDMI: Doc. A/CN.9/WG.II/WP.220, Proyecto, cit., p. 4, n.º. 7.

³⁴⁴ UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the work of its seventy-fourth session (Vienna, 27 September–1 October 2021) (advance copy)*, Fifty-fifth session, New York, 27.6-15.7.2022, p. 8, n.º. 50.

³⁴⁵ Vid., UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 9, n.º. 51.

³⁴⁶ Vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 13, n.º. 66.

³⁴⁷ Y que fue objeto de valoración por el Grupo. Al respecto, vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, pp. 9-12, nn.º. 52-60.

³⁴⁸ Vid. UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 12, n.º. 61.

³⁴⁹ UNCITRAL: Doc. A/CN.9/1085, de 5.10.2021, *Report, cit.*, p. 13, n.º. 67.

³⁵⁰ Incluso, en algunos países donde la institución está admitida en sus legislaciones nacionales en las que, recordemos, la figura actúa en un sistema procesal plenamente articulado, en el que se contemplan vías de recurso, algo que no existe, como regla general, en el arbitraje comercial internacional. Respecto de Inglaterra, vid. G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 22.

³⁵¹ B.T. HOWES y A. STOWELL, “The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 13, n.º 1, 2020, Spring, p. 52.

³⁵² Que pueden jugar con más o menos éxito en el plano estricto interno de estos países, Nótese, D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions*, *cit.*

institución arbitral luzca, de forma acentuada, “too much like litigation”³⁵³. La aceptación de la figura de la determinación temprana constituye un paso más en este camino, que no está exento de críticas y dudas de toda índole. De hecho, los amplios debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI en relación con ella, y la incapacidad de aunar posiciones y alcanzar un consenso al respecto, no hacen sino poner de manifiesto las controversias y tensiones que le acompañan.

130. La opción favorable a la incardinación de la figura de la desestimación temprana de la demanda, no es intrascendente ni inocua. Obviando el hecho de que constituye un paso más en la profundización de la apuntada “americanización” de la institución, supone una apuesta descarnada por el valor eficacia en el arbitraje, en detrimento de la idea de justicia. Un apoyo a lo que muy destacados especialistas denominan el “arbitraje como negocio”³⁵⁴, que, además de no venir contrastada por la práctica, ni asegurar el logro del objetivo avanzado, parece desatender -o, al menos, no primar- la naturaleza de complemento de los tribunales estatales que cumplen los MASC; también, dentro de ellos, la institución arbitral³⁵⁵.

131. Las distintas normativas arbitrales estatales, y los Reglamentos de las instituciones arbitrales, reconocen a las partes el derecho a ser tratadas “*con igualdad*”³⁵⁶, otorgándoles en cada etapa procesal “*una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos*”, algo que en el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacionales convierte en “*plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”³⁵⁷. Si bien para algunos esto queda salvaguardado con la figura³⁵⁸, para otros ello no se asegura de forma plena³⁵⁹.

132. La posible desestimación de la demanda en un proceso sumario, más o menos articulado, en los momentos iniciales del arbitraje, plantea graves dudas, tanto sobre la capacidad del árbitro de conocer en profundidad el fondo del litigio en un momento tan temprano –máxime en supuestos de arbitrajes complejos-, como sobre la posibilidad efectiva de las partes -a las que se les impide plantear su caso en su totalidad³⁶⁰- de defenderse y ver plenamente respetado su derecho a la tutela judicial efectiva. Más allá de lo anterior, la eventual desestimación temprana de la demanda coloca a las partes que han pactado someter su disputa a arbitraje, en un limbo jurídico. La posibilidad de acudir a los tribunales estatales sigue cerrada por el convenio arbitral, y la eventual iniciación de un nuevo proceso arbitral queda severamente limitada, salvo que se alteren en profundidad las circunstancias que sirvieron de base a la demanda desestimada.

133. Adicionalmente, si relevante es la posible existencia de decisiones contradictorias, algo que no es inhabitual³⁶¹, más aún lo es el riesgo de que el laudo devenga anulado o no resulte susceptible de ejecución³⁶². La mencionada imposibilidad de “*hacer valer sus derechos*”³⁶³ aparece en las distintas legislaciones nacionales como una de las causas habituales de anulación del laudo, viniendo igualmente recogido en el artículo V.1.b) *in fine* del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución

³⁵³ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration”, *cit.*, p. 51.

³⁵⁴ En acertadas palabras de S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del Siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia”, S. BARONA VILAR (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje*, *cit.*, p. 35.

³⁵⁵ Al respecto, S. BARONA VILAR, “Psicoanálisis del arbitraje”, *cit.*, pp. 39-41.

³⁵⁶ Art. 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

³⁵⁷ Y que un gran número de Reglamentos arbitrales reconocen a las partes su derecho a realizar audiencias, si así lo solicitan, CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, p. 2.

³⁵⁸ N. BLACKBAY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *et al*, *Redfern and Hunter*, *cit.*, p. 220.

³⁵⁹ J. GILL, “Applications”, *cit.*, p. 516.

³⁶⁰ L. SAN ROMAN GUILJARRO, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 882-883.

³⁶¹ Así se demuestra en el ámbito del arbitraje de inversiones, vid. S.D. FRANCK, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, vol. 73, n.º 4, 2005, p. 1558 y ss.; K. POLONSKAYA, “Frivolous Claims”, *cit.*, pp. 28-29.

³⁶² Incluso en jurisdicciones que conocen este mecanismo, al respecto, PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*, pp. 69-72.

³⁶³ Art. 41.1.b) *in fine* Ley 60/2003, de Arbitraje.

de sentencias arbitrales³⁶⁴. El lugar donde se pretenda el reconocimiento y, en su caso, ejecución del eventual laudo dictado, devendrá decisivo en este sentido³⁶⁵, añadiendo un plus de incertidumbre a su uso³⁶⁶.

134. El uso de la figura, como su eventual estimación, ha resultado reducido, casi marginal, hasta el momento en los ámbitos en que ha sido aceptada; también en el arbitraje comercial internacional. Si bien ello refleja contención, lo cierto es que la realidad demuestra que las puertas que se abren en el marco del proceso civil, también en el proceso arbitral, tienden a colapsarse más pronto que tarde, y que, previsiblemente, la consolidación de microprocesos en el ámbito del proceso arbitral –al igual que ocurre en algunos países anglosajones en el proceso civil– acabará necesariamente implicando mayor duración, y costes adicionales relevantes para las partes, afectando a la accesibilidad y al nombre de la institución³⁶⁷.

135. Aun admitiendo que la decisión susceptible de ser adoptada se ve afectada por factores exógenos como la cultura o la formación jurídica³⁶⁸, así como por la propia condición de “*Homo Economicus*”³⁶⁹ que acompaña a los árbitros³⁷⁰, el potencial impacto que tiene en las expectativas sustantivas de las partes y en sus derechos³⁷¹ parece encontrarse en la base de esta prevención hacia la figura y su uso. Incluso asumiendo que los tribunales arbitrales están “*empowered to grant a motion to dismiss if it is reasonable to do so in the circumstances of a case*”³⁷², lo cierto es que el hecho de que “*its decision on the merits cannot be appealed is of serious concern and makes its position fundamentally different from that of a New York court*”³⁷³. Y ello conduce a que un gran número de árbitros se muestran reacios a aceptarla si las partes no han admitido su uso de forma expresa, o no se encuentra recogido en el Reglamento de la concreta institución arbitral³⁷⁴.

136. La objetiva pujanza del arbitraje comercial internacional no debe ocultar el incremento de las señales de agotamiento del modelo conformado en los últimos años. Quizás ha llegado el momento de hacer una parada y reflexionar sobre el futuro que deseamos para la institución arbitral, rechazando la extrapolación sin más de instituciones procesales a una realidad, la arbitral, que presenta múltiples aristas y tipologías³⁷⁵. Sin llegar a compartir la idea de “suicidio” del arbitraje que algunos comienzan a lanzar³⁷⁶, se corre el riesgo real de que la institución pueda acabar perdiendo sus esencias³⁷⁷, convirtiéndose ella misma en la mayor promotora del recurso a otros mecanismos ADR como la negociación o la

³⁶⁴ BOE de 11.7.1977. Al respecto, vid. PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 68.

³⁶⁵ Así, por ejemplo, en Inglaterra, nótese, Travis Coal Restructuring Holdings LLC v Essar Global Fund Limited [2014] EWHC 2510 (Comm), n.º. 47. Respecto de los EEUU, nótese A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 501-507.

³⁶⁶ CH. CAHER y J. LIM, “Summary Disposition”, *cit.*, pp. 4-5.

³⁶⁷ L. MARKERT, “Summary”, *cit.*, pp. 710-711.

³⁶⁸ G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 22.

³⁶⁹ R. SMYTH, “Do Judges Behave as Homo Economicus, and If So, Can We Measure Their Performance? An Antipodean Perspective on Tournament of Judges”, *Florida State UL Rev.*, vol. 32, 2004-2005, p. 1301 y ss.

³⁷⁰ En contra de esta afirmación, A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 507-508.

³⁷¹ En contra de esta afirmación, A. RAVIV, “No More Excuses”, *cit.*, pp. 499-501.

³⁷² First Interim Award in ICC Case No 11413, n.º. 48, reproducido en ICC Intl Ct Arb Bull, vol. 21, n.º. 2, 2010, p. 34 (ICC Case 11413). La cita se obtiene de PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 69.

³⁷³ First Interim Award in ICC Case No 11413, n.º. 48, reproducido en ICC Intl Ct Arb Bull, vol. 21, n.º. 2, 2010, p. 34 (ICC Case 11413). La cita se obtiene de PH. CHONG y B. PRIMROSE, “Summary *cit.*”, p. 69.

³⁷⁴ G. BORN y K. BEALE, “Party Autonomy”, *cit.*, p. 21.

³⁷⁵ Así, por ejemplo, la propia CCI, que rechaza la incorporación de la figura en su Reglamento, lo admite en algunos de sus documentos. Así, CCI: *Financial Institutions and International Arbitration Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Financial Institutions and International Arbitration*, 2016, nn.º. 1 y 59, en los que se señala que las instituciones financieras optan por litigar en Londres y Nueva York, precisamente por la existencia de esta posibilidad, percibiendo los bancos su ausencia, como una rémora para acudir al arbitraje, disponible en: https://library.iccwbo.org/Content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0050_Report.htm?AUTH=&Timeframe=&txtSearchText=summary%20disp&rdSb=FullText&chkPub1=true&chkPub2=true&chkPub3=true&chkPub4=true&chkPub5=true&chkSubsec1=true&chkSubsec2=true&chkSubsec3=true&chkSubsec4=true&chkSubsec5=true&chkSubsec6=true&chkSubsec7=true&chkSubsec8=true&chkSubsec9=true&dtFrom=&dtTo=

³⁷⁶ Al respecto, vid. S. SEIDENBERG, “International”, *cit.*

³⁷⁷ TH. J. STIPANOWICH, “Arbitration”, *cit.*, pp. 59-59.

mediación. En concreto, y en el caso específico de la desestimación temprana de la demanda, el amplio y plural impacto potencial de la figura sobre las partes, sus expectativas y derechos³⁷⁸, y la dependencia del arbitraje comercial internacional, una realidad diferenciada del arbitraje de inversiones, de la voluntad de las partes debería requerir, al menos, de un consentimiento informado de éstas a tal posibilidad³⁷⁹... aunque éste acabe siendo el de sus letrados (y conduzca a la aceptación de la desestimación y, al correlativo deterioro de los derechos procesales de las partes y de la justicia del sistema en su conjunto).

³⁷⁸ Se habla, así, entre otras, de la posibilidad de bifurcar la causa; un mecanismo que, en la práctica, puede resultar mucho más satisfactorio y rápido. Al respecto, D. RONEY y B. MOSS, *Summary Dispositions*, cit.

³⁷⁹ En tal sentido, incluso las *Revised Uniform Arbitration Act* (2000) vinculan en su Sección 15(b) esta posibilidad a la voluntad expresa de las partes, y siempre que éstas tengan capacidad de hacer valer sus derechos, al señalar que, “*An arbitrator may decide a request for summary disposition of a claim or particular issue: (1) if all interested parties agree; or (2) upon request of one party to the arbitration proceeding if that party gives notice to all other parties to the proceeding, and the other parties have a reasonable opportunity to respond*” (disponibles en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ad8d29fa-8fa5-576c-ec3d-de47b9530d51&forceDialog=0>). Aunque debe reconocerse la existencia de jurisprudencia americana posterior a las Uniform Act que reconoce a los árbitros el poder de dictar desestimaciones sumarias de forma generalizada. Así, por ejemplo, ocurre en *Sherrock Brothers Inc v Daimler Chrysler Motors Company, LLC* 260 Fed Appx 497 (3rd Cir 2008).

EL MARCO JURÍDICO EUROPEO PARA NEUTRALIZAR LAS ASIMETRÍAS HÍBRIDAS EN CUANTO MANIFESTACIÓN DE ELUSIÓN FISCAL: LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS ATAD I Y ATAD II EN EL DERECHO ESPAÑOL

THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK TO NEUTRALIZE HYBRID MISMATCHES AS A MANIFESTATION OF TAX AVOIDANCE: THE TRANSPOSITION OF EU ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVES (ATAD I & ATAD II) IN SPANISH LAW

DAVID GARCÍA GUERRERO

*Profesor Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

Recibido:14.12.2021 / Aceptado:11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6684>

Resumen: La elusión fiscal supone un reto importante para el Derecho Internacional Tributario. Un paso decisivo se dio con la culminación del Proyecto BEPS de la OCDE, cuya Acción 2 se trasladó al Derecho de la Unión Europea mediante dos directivas -ATAD I y ATAD II- que componen lo que se ha venido denominando como “Paquete de lucha contra la elusión fiscal” de la Unión. En marzo de 2021 se llevó a cabo la transposición en el Derecho español de las medidas antielusión referentes a las asimetrías híbridas. Se propone un análisis de la cuestión tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno español desde la óptica jurídico-tributaria.

Palabras clave: elusión fiscal, asimetrías híbridas, Directiva ATAD I, Directiva ATAD II.

Abstract: Tax avoidance represents an important challenge for International Tax Law. A decisive step was taken with the completion of the OECD BEPS Project. BEPS Action 2 was transposed into European Union Law by Anti-Tax Avoidance Directives -ATAD I & ATAD II- which compose the European Union Anti tax avoidance package. In March 2021, measures against tax avoidance regarding hybrid mismatches were transposed into Spanish Law. What is proposed is to analyze the issue regarding European Union Law and Spanish Law from the legal-tax point of view.

Keywords: tax avoidance, hybrid mismatches, EU Anti-Tax Avoidance Directives, ATAD I, ATAD II.

Sumario: I. Ideas introductorias: la lucha contra la elusión fiscal en la Unión Europea a la luz del contexto actual de la fiscalidad internacional. II. El Derecho de la Unión Europea ante las prácticas elusivas de las empresas. Especial atención a las asimetrías híbridas. 1. Derecho originario e imposición directa. 2. Derecho derivado: las directivas ATAD I y ATAD II. III. Impacto en el Ordenamiento jurídico español. 1. Aspectos formales: transposición de las directivas mediante decreto-ley. 2. Aspectos materiales. A) Delimitación del concepto de elusión fiscal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. B) Las modificaciones del Impuesto sobre Sociedades. a) Ámbito de aplicación. b) Regulación de los distintos tipos de asimetrías híbridas contemplados ex lege. C) Breve referencia a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. IV. Reflexiones finales.

I. Ideas introductorias: la lucha contra la elusión fiscal en la Unión Europea a la luz del contexto actual de la fiscalidad internacional

1. Los mecanismos de actuación que ha aprobado la Unión Europea para combatir las asimetrías híbridas tienen una incidencia en los impuestos que gravan las rentas de las sociedades de los Estados miembros. Será necesario partir de las distintas ramas en las que se podría dividir el Derecho Internacional Tributario, dado que proporcionará las bases necesarias para realizar la estructuración de este estudio.

2. LÓPEZ ESPADAFOR afirma que el Derecho Internacional Tributario se compondría de dos ramas: por un lado, se encontraría la perspectiva que se ocupa del estudio de los convenios internacionales de naturaleza tributaria, que se denomina Derecho Internacional Convencional; y, en segundo lugar, se encontraría el Derecho de la Unión Europea en materia tributaria, que se divide, a su vez, en Derecho originario y en Derecho derivado. Así las cosas, el Derecho Internacional Tributario estaría conformado por normas de origen internacional, a diferencia del Derecho Tributario Internacional, que se compondría por normas de origen nacional. Este estudio se centrará en el ámbito del segundo, del Derecho de la Unión Europea, dado que es el Ordenamiento jurídico que establece la regulación para combatir las asimetrías híbridas.¹

3. Con respecto a MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO Y ORÓN MORATAL, estos autores parten de la definición dada por SAINZ DE BUJANDA de Derecho Comunitario Financiero, entendido como “el conjunto de pactos, normas y principios que regulan el ejercicio del Poder Financiero de los Estados miembros en el seno de las Comunidades Europeas [hoy en día, Unión Europea], así como la atribución a estas últimas [de nuevo, se debe entender esta referencia, en la actualidad, a la Unión Europea] de competencias para el establecimiento de sus propios recursos y la ordenación presupuestaria de los ingresos y gastos destinados a la consecución de sus objetivos fundacionales”. El concepto otorgado por una de las máximas referencias académicas del Derecho Financiero y Tributario español sigue teniendo vigencia hoy en día, con las modificaciones señaladas. En el Derecho Comunitario Financiero estaría integrado el Derecho Fiscal Europeo².

4. Por su parte, FALCÓN Y TELLA Y PULIDO GUERRA, cuando utilizan el término “Derecho Fiscal Internacional” no lo hacen teniendo en cuenta la fuente de producción jurídica -internacional o interna-, sino que atienden al objeto de esta parcela del Derecho. Para estos autores, las dos finalidades que habrá de perseguir el Derecho Fiscal Internacional serán evitar tanto la doble imposición como la elusión fiscal³. En el fondo, se trata de situaciones opuestas: el primero -la doble imposición- grava un mismo hecho imponible por distintos Estados u organizaciones internacionales⁴, mientras que el segundo -la elusión fiscal- pretende la minoración de la carga tributaria eludiendo su “responsabilidad tributaria”⁵, llegando a conocerse también como “doble no imposición”. Ahora bien, es natural pre-

¹ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Trends and sources of international taxation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11, vol. 1, 2019, pp. 442-444.

² J. Martín Queralt/ C. Lozano Serrano/ J. M. Tejerizo López/ G. Casado Ollero/ G. Orón Moratal, *Curso de Derecho Financiero y Tributario español*, 32ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 210.

³ R. FALCÓN Y TELLA/ E. PULIDO GUERRA, *Derecho Fiscal Internacional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 11-12.

⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “La inclusión de los Impuestos Especiales en la base imponible del IVA como situación de sobreimposición”, *Quincena Fiscal*, nº 1, 2018, pp. 9, 21-23. Como bien señala LÓPEZ ESPADAFOR, cabría distinguir dos supuestos distintos de doble imposición: por un lado, se daría un supuesto de doble imposición internacional cuando confluyan recursos o tributos de una organización internacional -como los derechos de aduanas, cuya titularidad de la Unión Europea, si bien son los Estados miembros los encargados de recaudarlos reteniendo un porcentaje de la cantidad recaudada en concepto de gastos de recaudación- con tributos de titularidad de un Estado miembro -como el Impuesto sobre el Valor Añadido, el cual huelga recordar que es un impuesto de titularidad de los Estados miembros de la Unión Europea aunque esté armonizado por esta última-; por otro lado, existiría un supuesto de doble imposición interna cuando confluyan tributos cuya titularidad corresponda a los Estados miembros y también estén armonizados por la Unión con otras figuras tributarias que sean también titulares los Estados miembros, independientemente de si estos últimos son armonizados o no por la Unión Europea -sería el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido y los Impuestos Especiales-.

⁵ Un efecto que se pretende con cualquier práctica de elusión fiscal es eludir la responsabilidad tributaria que tiene la sociedad como obligado tributario -elemento compartido con las prácticas constitutivas de fraude fiscal-, tal y como lo refleja el

guntarse cómo es posible que evitar una actuación legal -que podría encuadrarse en el fenómeno de la elusión fiscal- constituya una finalidad del Derecho Fiscal Internacional, según señalan estos autores. Pues bien, FALCÓN Y TELLA Y PULIDO GUERRA afirman que la planificación fiscal agresiva se aprovecha de las lagunas consecuencia de que los distintos sistemas tributarios no estén coordinados con el objetivo de que la carga fiscal que soportan las inversiones sea la mínima posible en un Estado o territorio diferente al del inversor⁶.

5. Sentado lo anterior, la crisis financiera del año 2008 trajo consigo que la Unión Europea pusiese su interés no solamente en prácticas de sociedades que podrían constituir fraude o evasión fiscal, sino que también amplió el punto de mira a prácticas que podrían encuadrarse en lo que se denomina elusión fiscal, en contraposición con los conceptos anteriores. Efectivamente, UKCMAR, CORASANITI Y DE' CAPITANI DI VIMERCATE subrayan la importancia de distinguir entre evasión fiscal y elusión fiscal: si la evasión fiscal conlleva la directa violación de la disciplina tributaria, la elusión fiscal -o el abuso de derecho- conlleva la utilización de formas y circunstancias legítimas para fines ilegítimos⁷. Ahondando un poco más en esta distinción, BEGHIN afirma que, por un lado, en las manifestaciones de evasión fiscal, el contribuyente esconde a la Hacienda Pública, en todo o en parte, la riqueza que él mismo habría debido indicar en su propia declaración, pagando, en consecuencia, una cantidad inferior a lo que le habría correspondido, siendo este pago inferior acorde a situaciones económicas que se han verificado concretamente; por su parte, si para este autor también en la elusión fiscal el contribuyente paga un *quantum* inferior, sin embargo, esta cantidad menor se debe, a diferencia de la evasión fiscal, a una operación económica que el contribuyente no ha perfeccionado nunca, pero que, a juicio del fisco, el contribuyente la habría debido poner en práctica si no hubiese burlado la ley⁸.

6. Así, la existencia de elusión fiscal dependerá de la técnica que haya sido utilizada por el Ordenamiento jurídico concreto de que se trate en la determinación de los límites tolerados de los fenómenos de ahorro fiscal, debiendo estar pendientes de aquellas manifestaciones específicas para las que el Derecho prevea instrumentos para combatirlos, pues solamente estas últimas deberían ser consideradas como elusión fiscal, en cuanto planificación fiscal no aceptable⁹ -frente a las denominadas economías de opción, que son fenómenos de planificación fiscal aceptables¹⁰-. Éste es el trasfondo que subyace en los distintos actos de la Unión aprobados para contrarrestar el fenómeno de la elusión fiscal, debiéndose destacar los que se señalan y analizan sucintamente a continuación.

7. En primer lugar, a través de la Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) la Unión Europea propone a sus Estados miembros la incorporación de una norma general antifraude gracias a la cual puedan contrarrestar las consecuencias de naturaleza tributaria de acuerdos artificiales que pretendan eludir el impuesto. Ahora bien, a fin de determinar la existencia del propósito citado -la elusión fiscal-, el acuerdo en cuestión debe ser contrario

considerando D de la citada anteriormente Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales. Sin embargo, en el Derecho interno español, el concepto de responsabilidad tributaria se restringe a un ámbito específico, como es el de los responsables tributarios en cuanto obligados tributarios, que son distintos de los sujetos pasivos -contribuyentes y sustitutos-; en particular, será la ley la encargada de establecer un responsable -subsidiario o solidario- en una determinada situación jurídica, al que colocará junto con el deudor principal o sujeto pasivo, atendiendo al artículo 41 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, BOE de 18 diciembre 2003.

⁶ R. Falcón y Tella / E. Pulido Guerra, *ob. cit.*, p. 240.

⁷ V. UKCMAR, G. CORASANITI/ P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale. Manuale*, CEDAM, Padua, 2010, p. 54.

⁸ M. BEGHIN, *Diritto tributario*, 3ª ed., CEDAM, Padua, 2017, pp. 417-418.

⁹ Cf. R. SANZ GÓMEZ, "Elusión fiscal (regulación en la Unión Europea)", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 13, 2017, p. 252.

¹⁰ Cuando se analice de forma específica el Derecho español en relación a las asimetrías híbridas en cuanto manifestación del fenómeno de la elusión fiscal se estudiarán los matices en relación al concepto jurídico de elusión fiscal y su distinción con otras figuras. Se ha retenido que este apartado de la investigación no es el momento oportuno porque se está tratando el Derecho de la Unión Europea.

al objetivo, espíritu o finalidad de las normas fiscales que habrían de ser aplicables normalmente, sin importar la intención subjetiva del contribuyente¹¹.

8. Con respecto a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, de 18 de marzo de 2015, se comienza señalando que toda actuación por parte del poder público contra la elusión fiscal es imprescindible en pro de la equidad y la eficiencia financiera en el marco del mercado único comunitario, haciendo especial hincapié en el impuesto que grava las rentas obtenidas por sociedades. Distingue esta institución de la Unión Europea entre “elusión fiscal” y “evasión fiscal”, afirmando que, por un lado, la primera no puede tildarse de ilegal, si bien existen manifestaciones específicas de elusión fiscal que van en contra del espíritu de la norma con el ánimo de minorar la carga fiscal soportada por la sociedad; y, por otro lado, la evasión fiscal sí que es una práctica contraria al Ordenamiento jurídico o, dicho de otro modo, ilegal¹².

9. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales” insiste en la necesidad de que el mercado interior de la Unión sea más justo, representando un pilar fundamental la tributación de las sociedades. En relación estricta con el tema de esta investigación, la Comisión recuerda que, en los últimos años, los Estados miembros han realizado importantes ajustes presupuestarios y, sin embargo, ciertas empresas multinacionales utilizan la planificación fiscal agresiva con la finalidad de contribuir a las arcas públicas en el menor grado posible. Esta Comunicación de la Comisión del 17 de junio se diferencia con la Comunicación del 18 de marzo -la analizada anteriormente- en que mientras la de marzo pretende ahondar en una fiscalidad empresarial más transparente, la de junio se realiza con una óptica comunitaria más global, también en relación a la tributación de las sociedades¹³.

10. La citada Comunicación de la Comisión del 17 de junio en la que se establece un Plan de acción para un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea nace como respuesta a un evento relevante en el ámbito de la fiscalidad internacional, como es la conclusión del Proyecto contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios -en adelante, BEPS, por sus siglas en inglés “*Base Erosion and Profit Shifting*”- de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -en adelante, OCDE-. Este Proyecto BEPS de la OCDE establece un plan global que tiene como objeto neutralizar las manifestaciones de elusión fiscal, habiendo sido apoyado tanto por el G-8 como por el G-20. Pues bien, la Comisión consideró que era necesario acoger el contenido del Proyecto BEPS y, en pro de una tributación más equitativa, aprobó el Plan de acción recogido en la Comunicación de la Comisión del 17 de junio¹⁴.

11. Pasando a otra institución comunitaria, se ha de destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2013, sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales -publicada en el 2016-, en la cual las definiciones de evasión fiscal y de elusión fiscal se mantienen con respecto a los que ya se habían presentado por la Comisión en su Comunicación de 18 de marzo. En consecuencia, se percibe que ciertas instituciones comunitarias -la Comisión o el Parlamento Europeo- han empezado a poner bajo el foco no solamente el fraude y la evasión fiscal, sino también la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva¹⁵.

12. El Consejo ha llegado a hablar del “Paquete de lucha contra la elusión fiscal”, donde la Unión Europea decide ir más lejos a lo dispuesto en la Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva (2012/772/UE) en la que aconsejaba a sus Estados miembros a incorporar en su Derecho interno una cláusula general antifraude en el sentido manifestado *supra*. En

¹¹ DOUE L 388 de 12 diciembre 2012, pp. 41-43.

¹² COM(2015) 136 final, p. 2.

¹³ COM(2015) 302 final, pp. 2-3.

¹⁴ R. Falcón y Tella / E. Pulido Guerra, *ob. cit.*, pp. 252-253.

¹⁵ DOUE C 55 de 12 febrero 2016, p. 54.

este paquete podrían encuadrarse dos directivas de la Unión Europea que resultan fundamentales para intentar atacar ciertas prácticas que podrían ser constitutivas de elusión fiscal, como son las asimetrías híbridas¹⁶: por un lado, se encuentra la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior¹⁷ -en adelante, Directiva ATAD I¹⁸-; y, por otro lado, la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países -en adelante, Directiva ATAD II¹⁹. Nos interesa, de cara a este estudio, la normativa que regula el marco para neutralizar las asimetrías híbridas, puesto que es la que ha sido trasladada al Derecho interno español en marzo de 2021.

13. La Directiva es un acto de la Unión que ha de ser transpuesto en los Ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros en el plazo establecido por este acto²⁰. La modificación que llevó a cabo la Directiva ATAD II a la Directiva ATAD I en sede de asimetrías híbridas habría debido ser transpuesta el 31 de diciembre de 2019, pero España no había realizado la transposición, por lo que la Comisión requirió su cumplimiento a nuestro país mediante dictamen motivado el 30 de octubre de 2020. El resultado fue la transposición de esta normativa comunitaria en materia de asimetrías híbridas mediante el Real Decreto-ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas -en adelante, Real Decreto-ley 4/2021²¹.

14. Se ha estructurado el presente trabajo de forma que se abordará, inicialmente, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea -diferenciando entre las normas originarias y las normas derivadas, siguiendo la distinción que realiza LÓPEZ ESPADAFOR expuesta *supra*²²- y, después, desde la óptica del Derecho interno español. Así, la primera cuestión que se debería resolver es cuáles son los preceptos jurídicos del Derecho Comunitario originario gracias a los cuales la Unión puede fundamentar su actuar en la lucha contra la elusión fiscal. Posteriormente, el análisis pasará a centrarse en los actos de la Unión de Derecho derivado que han introducido la regulación jurídica en sede de asimetrías híbridas cuando constituyan fenómenos específicos de elusión fiscal, poniéndolos necesariamente en relación con la norma española que ha transpuesto la Directiva ATAD I y la Directiva ATAD II, esto es, con el Real Decreto-ley 4/2021, teniendo en cuenta sus aspectos formales -la elección del tipo de norma empleada- y sus aspectos materiales -qué marco es el que se introduce específicamente-.

II. El Derecho de la Unión Europea ante las prácticas elusivas de las empresas. Especial atención a las asimetrías híbridas

1. Derecho originario e imposición directa

15. El Derecho originario comunitario en materia tributaria estaría compuesto por aquellos tratados que atribuyen competencias que, en nuestro caso, tienen naturaleza fiscal. Esta atribución de com-

¹⁶ En este sentido, *vid.* J. M. CALDERÓN CARRERO, “La dimensión Europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECO-FIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de “tax rulings”, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016”, *Quincena Fiscal*, nº 6, 2016, pp. 9 y ss. (versión online).

¹⁷ DOUE L 193 de 19 julio 2016, p. 1.

¹⁸ “ATAD” hace referencia a las siglas de “Anti-Tax Avoidance Directive” -Directiva antielusión fiscal en español-.

¹⁹ DOUE L 144 de 7 junio 2017, p. 1.

²⁰ Artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²¹ BOE de 10 marzo 2021, Preámbulo, apartado III.

²² Profundizando aún más en la cuestión, MANGAS MARTÍN Y LIÑÁN NOGUERAS afirman que el sistema de normas de la Unión Europea se fundamenta en una *summa divisio* entre las normas originarias y las normas derivadas, división que ya se realizaba desde el primer momento de la construcción europea (A. MANGAS MARTÍN Y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 355).

potencias va a tener su reflejo en el Derecho derivado comunitario, dado que el sistema de reparto de competencias de la Unión Europea se rige por el principio de atribución de competencias, esto es, para que se pueda ejercer una competencia, ésta ha debido ser atribuida previamente a través de los Tratados comunitarios. Se trata de competencias que no son propias u originarias, sino derivadas porque, originariamente, son competencias internas de los Estados miembros²³.

16. En consecuencia, LÓPEZ ESPADAFOR señala que los campos de incidencia tributaria serán los recursos tributarios propios, la armonización fiscal y la cooperación entre Administraciones tributarias²⁴. De igual forma, MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ, CASADO OLLERO Y ORÓN MORATAL señalan que la Unión Europea, en virtud de los Tratados comunitarios, ostenta potestad de establecimiento de recursos tributarios propios, también tiene potestad imposición de límites, prohibiciones y controles al Poder Tributario de los Estados miembros por parte también de los Tratados y, por último, la Unión Europea puede incidir en la normativa fiscal de los Estados miembros a través de la armonización²⁵.

17. TESAURO afirmaba que la Unión Europea no tiene una competencia general en materia tributaria ni tampoco un sistema propio de impuestos, por lo que las denominadas disposiciones fiscales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante, TFUE- no tienen como finalidad la obtención de ingresos a la Unión Europea, sino que tratan de garantizar que las normas fiscales de los Estados miembros no sean contrarias al Ordenamiento jurídico comunitario²⁶.

18. Con respecto al extremo afirmado por este autor de que no habría un sistema propio de impuestos comunitario, defendemos la tesis de LÓPEZ ESPADAFOR, quien afirma que sí que existiría un Ordenamiento jurídico-tributario en la Unión Europea en cuanto titular, esta última, de Poder Tributario al tener capacidad normativa en el establecimiento de tributos, aunque englobaría figuras tributarias que tendrían naturaleza indirecta, que son, en concreto, recursos tributarios propios -derechos de aduanas, derechos agrícolas, derechos compensatorios o *antidumping* y cotizaciones sobre el sector del azúcar, todos ellos regulados en la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom²⁷, por lo que quedarían fuera del alcance material de este estudio centrado en impuestos directos.

19. Como ya se ha adelantado, la Unión ha aprobado dos directivas para que los Estados miembros establezcan en su normativa interna mecanismos para combatir prácticas constitutivas de elusión fiscal. Para ello, deberán modificar los Estados miembros la regulación jurídica de los impuestos que gravan las rentas obtenidas por las sociedades²⁸. En consecuencia, las directivas ATAD I y ATAD II se circunscriben en los denominados impuestos directos.

20. La Unión Europea tiene la capacidad de armonizar impuestos indirectos -como es el caso del Impuesto sobre el Valor Añadido o de los Impuestos Especiales- atendiendo al artículo 113 del TFUE. Sin embargo, por lo que respecta los impuestos directos, no existe un precepto en el Derecho originario de la Unión que contemple de forma expresa la armonización de impuestos directos, siendo el artículo 115 del TFUE el mecanismo jurídico empleado por parte de la citada organización internacional con vocación de integración. Lo anterior quiere decir la armonización no está expresamente prevista para los impuestos directos en el Derecho de la Unión Europea, pero esta última puede actuar en el ámbito de los impuestos directos gracias al citado precepto del TFUE. En concreto, este artículo 115 permite que se

²³ A. MANGAS MARTÍN / D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *ob. cit.*, p. 69.

²⁴ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, "Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, vol. 8, 2019, pp. 260-261.

²⁵ J. MARTÍN QUERALT/ C. LOZANO SERRANO/ J. M. TEJERIZO LÓPEZ/ G. CASADO OLLERO/ G. ORÓN MORATAL, *ob. cit.*, p. 210.

²⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. I. Parte generale*, 14ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2020, p. 82.

²⁷ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, "La discutible autonomía de la Unión Europea y su contemplación desde la perspectiva tributaria", *Quincena Fiscal*, nº 19, 2010, pp. 8-9.

²⁸ Artículo 1 de la Directiva ATAD I.

adopten directivas con la finalidad de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente, bien en el establecimiento, bien en el funcionamiento, del mercado interior de la Unión Europea. Este precepto de Derecho originario comunitario exige que la directiva sea adoptada por unanimidad por parte del Consejo²⁹.

21. Dado que la Unión Europea puede actuar aproximando las legislaciones de los Estados miembros tomando como fundamento que la directiva en sede de imposición directa que se use para realizar la citada aproximación incida de forma directa en el mercado interior, se ha de traer a colación el artículo 26 del TFUE, pues la Unión Europea debe adoptar medidas en relación a la instauración o funcionamiento del mercado interior, en cuanto espacio sin fronteras internas³⁰.

22. Por lo tanto, la armonización de los impuestos directos no está regulada de forma específica en los Tratados de la Unión Europea -en su Derecho originario-. A mayor abundamiento, piénsese que el proceso de armonización de aquellos impuestos que gravan la renta, que implica aspectos muy relevantes desde la óptica de la soberanía fiscal de los Estados miembros, no está regulado expresamente, como se decía, por el Derecho comunitario. Es por ello que BORJA afirma que la armonización de los impuestos directos representa uno de los temas más consistentes del proceso de integración europea de los sistemas fiscales de sus Estados miembros. Pues bien, para este autor, la regla contenida en el artículo 115 del TFUE ha venido siendo interpretada como el fundamento axiológico del uso de recomendaciones y de mecanismos de “*soft law*” dirigidos a los Estados miembros por parte de la Unión Europea relativos a la aproximación progresiva de sus disposiciones nacionales en materia de fiscalidad de la renta -especialmente, en relación a la tributación de las sociedades y del ahorro-. Consecuentemente, el “*soft law*” que se acaba de describir produce un nivel de aproximación de la legislación con un grado inferior a la armonización de impuestos indirectos. En todo este contexto, el principio de subsidiariedad ha de ser cumplido, sobre todo en relación a la aproximación de las legislaciones en materia de imposición directa, debiendo siempre tener como elemento clave se realizará en conexión con cualquier operación o transacción realizada en el territorio comunitario que pueda afectar, efectivamente, al funcionamiento del mercado interior o único. Así, con la armonización se pretende que en el mercado interior comunitario exista un modelo uniforme en relación a aquellas figuras tributarias que son comunes en los Estados miembros³¹.

23. Si se atiende al título de la Directiva ATAD I –“Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior”-, se puede comprobar que, de hecho, se ha acudido por parte de la Unión al artículo 115 del TFUE para que sus Estados miembros implanten los mecanismos específicos para luchar contra la elusión fiscal previstos en el citado acto de la Unión. Es más, se hace mención expresa en el contenido tanto de esta Directiva ATAD I como de la Directiva ATAD II que modifica la anterior.

2. Derecho derivado: las directivas ATAD I y ATAD II

24. Las asimetrías híbridas son aquellas prácticas que son el resultado de una calificación jurídica distinta de pagos -instrumentos financieros- o de entidades por la interacción de dos Ordenamientos jurídicos de jurisdicciones distintas. Los efectos más relevantes suelen ser que pueda ser deducida en ambos Estados -doble deducción- o la deducción en la renta de un Estado y, al mismo tiempo, su no inclusión en la base imponible de la renta del otro Estado. Se pretende contrarrestar estos efectos que

²⁹ R. FALCÓN / TELLA Y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, pp. 28-29.

³⁰ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*. 1. Parte generale, cit., p. 83.

³¹ P. BORJA, *Taxation in European Union*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore y Springer, Gewerbestrasse, 2014, pp. 145-146.

se podrían subsumir en el fenómeno de elusión fiscal a través de la fijación de mecanismos legales que permitan que uno de los dos Estados implicados deba denegar la citada deducción³².

25. Lo anterior constituye una definición genérica de asimetría híbrida, pues habrá que estar ante la situación concreta para ver si se trata de una práctica que pueda ser encuadrada en alguno de los preceptos contenidos en la Directiva ATAD I -la cual no podemos dejar de recordar que fue modificada en sede de asimetrías híbridas por la Directiva ATAD II-.

26. Por un lado, la Directiva ATAD I tiene como objeto coordinar las medidas que han de aplicar los Estados miembros para implantar el Proyecto BEPS de la OCDE³³ mediante el establecimiento de unos estándares mínimos en relación a cinco sectores específicos: limitar la deducibilidad de los intereses -artículo 4-, imposición de salida -artículo 5-, norma general contra las prácticas abusivas -artículo 6-, normas relativas a las sociedades extranjeras controladas -artículos 7 y 8- y normas para neutralizar las asimetrías híbridas -artículos 9 y 9 *ter*-.

27. En relación al último sector que abarca la Directiva ATAD I, la regulación de las normas que pretenden combatir el fenómeno de las asimetrías híbridas quedó reformado mediante la aprobación de la Directiva ATAD II con el objeto de poder contrarrestar las asimetrías híbridas con terceros Estados³⁴.

28. Con respecto al contenido material de las citadas directivas en sede de asimetrías híbridas, se estudiará más en profundidad en el apartado correspondiente al fondo de la norma española de transposición de estos dos actos de la Unión con la finalidad de poder entender cómo se ha regulado jurídicamente en España en comparación con las citadas directivas comunitarias.

III. Impacto en el Ordenamiento jurídico español

1. Aspectos formales: transposición de las directivas mediante decreto-ley

29. A través del Real Decreto-ley 4/2021 España ha traspuesto la Directiva ATAD I en la redacción otorgada por la Directiva ATAD II. Antes de entrar en el fondo, se considera relevante dedicar un breve análisis a la elección del uso del decreto-ley para transponer los citados actos de la Unión, máxime cuando su aprobación requiere de ciertas exigencias constitucionales que no pueden ser dejadas al margen. El Gobierno de España, que es el competente en el dictado de este tipo de normas, parece que es consciente de ello y dedica el apartado III del Preámbulo del citado Real Decreto-Ley a justificar el empleo del uso de un decreto-ley en la transposición de la Directiva ATAD I y la Directiva ATAD II.

30. Consideramos que confluirían en este caso de transposición tres aspectos muy relevantes: el primero sería si se dan las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad exigidas por el artículo 86 de la Constitución española; el segundo, si la transposición de una directiva comunitaria puede llevarse a cabo utilizando como instrumento el decreto-ley; y el tercero sería el uso del decreto-ley para la materia tributaria, estando directamente relacionado con el fondo, con las normas jurídicas objeto de transposición, que, en relación a las directivas ATAD I y ATAD II, tienen naturaleza tributaria.

31. Los dos primeros aspectos se deberían analizar al mismo tiempo, surgiendo, así, el siguiente interrogante: ¿se puede utilizar por parte de España el decreto-ley como instrumento habitual o común de transposición de normativa de la Unión Europea o han de verse estos dos aspectos necesariamente

³² Considerando 13 de la Directiva ATAD I.

³³ L. BOSCO / A. FASOLINO, "I disallineamenti da ibridi alla luce dell' *Action 2* del Progetto BEPS", en E. DELLA VALLE Y M. LUCA (Dir.), *I disallineamenti da ibridi*, CEDAM, Padua, 2021, p. 6.

³⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. 2. Parte speciale*, 12ª ed., UTET Giuridica, Milán, 2019, pp. 391-392.

relacionados y, en consecuencia, se podrá usar exclusivamente el decreto-ley para llevar a término la transposición siempre y cuando se den las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad?

32. Se habría de partir de la premisa de que el desarrollo normativo del Ordenamiento jurídico comunitario en el Derecho interno español se ha de realizar atendiendo escrupulosamente a la distribución horizontal de poderes constitucionalmente establecida, siendo esto jurisprudencia del Tribunal Constitucional asentada. Ello quiere decir que el Gobierno de turno no dispone de capacidad para alterar la distribución de competencias entre las Cortes Generales y el Gobierno con respecto a la producción de normas con rango de ley -fuentes primarias del Ordenamiento- fijada por la Constitución española. Si bien el fin, que es la transposición de la normativa comunitaria, es legítimo, ello no trae consigo que el instrumento jurídico utilizado sea razonable y proporcionado³⁵. Así, el Gobierno debe utilizar medios proporcionados en cumplimiento de los tratados y resoluciones que hayan nacido de organismos internacionales titulares de la cesión -artículo 93 de la Constitución-³⁶.

33. Para el Tribunal Constitucional, el uso del decreto-ley para la transposición del Derecho de la Unión Europea es válido cuando concurren, cumulativamente, tres elementos: temporal, causal y material³⁷. El apartado III del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021 afirma que se dan estos tres elementos de exigencia constitucional: el elemento temporal lo conformaría el patente retraso en la transposición de las directivas ATAD I y ATAD II, puesto que se daba por parte de la citada normativa comunitaria hasta el 31 de diciembre de 2019 para transponerla, siendo el Real Decreto-ley de 9 de marzo; el segundo elemento, el causal, se cumpliría con el dictamen motivado de la Comisión a España de 30 de octubre de 2020, concediéndole un plazo de dos meses para llevar a término la citada transposición -aunque España envió un escrito a la Comisión en el que se comprometía a adoptar las medidas necesarias al efecto, ha tardado mucho más, dado que, como se ha reiterado, el Real Decreto-ley es de 9 de marzo-; y el elemento material quedaría conformado por la necesidad de un marco normativo que prevea mecanismos para evitar la erosión de las bases imponibles mediante técnicas de evasión fiscal, poniéndolo en relación el Real Decreto-ley español con las directivas ATAD I y ATAD II. Con respecto al último extremo indicado, el Gobierno español parece obviar la tan importante diferencia entre evasión fiscal y elusión fiscal³⁸.

34. Una vez que el Gobierno español cree haber justificado dos de los tres aspectos -la extraordinaria y urgente necesidad junto con los elementos temporal, causal y material que han de darse para usar el decreto-ley para transponer normativa comunitaria al Derecho interno español-, quedaría el aspecto de si la materia tributaria queda excluida o no del ámbito que puede regular el decreto-ley.

35. Efectivamente, nuestra Carta Magna establece la reserva de ley en materia tributaria *ex* artículos 31.3 y 133.1 y 3. Ahora bien, la interpretación que hace nuestro Tribunal Constitucional parte de la premisa de que no tiene carácter absoluto esta reserva de ley en materia tributaria, sino carácter relativo, por lo que el decreto-ley podrá tener como contenido la materia tributaria siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la Constitución del presupuesto habilitante y, además, no haya una afección a las materias que se excluyen del mismo³⁹, siendo una de ellas el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 de la Constitución española⁴⁰.

³⁵ Fundamento Jurídico 10, STC 96/2002, 25 abril.

³⁶ Fundamento Jurídico 2, STC 252/1998, 20 diciembre; y Fundamento Jurídico 3, STC 33/2005, 17 febrero.

³⁷ Fundamento Jurídico 10, STC 1/2012, 13 enero.

³⁸ Se ha indicado al comienzo de este estudio jurídico la distinción entre ambos conceptos que existe en el seno de la Unión Europea y, posteriormente, también se analizará desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico interno español, dado que el presente apartado aborda aspectos de naturaleza formal, no material.

³⁹ Fundamento Jurídico 8, STC 182/1997, 28 octubre; Fundamento Jurídico 6, STC 137/2003, 3 julio; Fundamento Jurídico 7, STC 108/2004, 30 junio; Fundamento Jurídico 4, STC 245/2004, 16 diciembre; Fundamento Jurídico 7, STC 189/2009, 7 julio; y Fundamento Jurídico 9, STC 100/2012, 8 mayo.

⁴⁰ Fundamento Jurídico 6, STC 137/2003, 3 julio; Fundamento Jurídico 5, STC 245/2004, 16 diciembre; y Fundamento Jurídico 7, STC 189/2005, 7 julio.

36. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha matizado lo anterior afirmando que se habrá de analizar un análisis de la figura tributaria en particular de que se trate -a nivel interno y también externo o cómo se interrelaciona con el resto del sistema tributario-, cómo se relaciona con el principio de capacidad económica -en cuanto principio material de justicia tributaria-, su función redistributiva y cómo afecta a la presión fiscal que sufren los ciudadanos⁴¹.

37. Podría ser calificada de interesante la justificación que utiliza el Gobierno de cara a la no afectación del deber constitucional de contribuir al levantamiento de las cargas públicas en el apartado III del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021: por un lado, define las normas que son objeto de transposición al Derecho interno español como normas de cierre o precautorias, no teniendo como finalidad un incremento de la recaudación tributaria, sino evitar que disminuya ésta; por otro lado, que los supuestos específicos que se transponen tienen que ver con asimetrías híbridas, fenómeno que ya estaba previsto en el Ordenamiento jurídico español y, además, que “no parece probable” que la mayor parte de los supuestos de asimetrías híbridas que se incorporan de las directivas ATAD I y ATAD II se vayan a dar con habitualidad porque nuestro sistema tributario no favorece aquellas asimetrías que guarden relación con las denominadas entidades híbridas.

38. Este planteamiento requeriría de una serie de precisiones que, *a priori*, no deberían haberse ignorado por parte del Gobierno en relación a este último aspecto. El Impuesto sobre Sociedades, que es la norma jurídica que se ve afectada, junto con el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, con la transposición de las citadas directivas comunitarias, sí que tiene un peso o influencia relevante en el conjunto del Ordenamiento jurídico-tributario español, ya que ha llegado a ser definido por parte del Tribunal Constitucional español como una de las piezas básicas del sistema tributario: “otro tributo global sobre la renta, aunque en este caso de las personas jurídicas, que, con su integración con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, complementa el gravamen de uno de los índices de capacidad económica más importantes: la renta”⁴². Resulta especialmente llamativo que no se señale este pronunciamiento relevante y se limite únicamente el Gobierno a defender que no va a verse afectada especialmente la capacidad económica de los contribuyentes en relación a su deber de contribuir del art. 31.1 de la Constitución.

39. En consecuencia, se nos plantea el siguiente razonamiento en el citado Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021: se parte de la premisa del Real Decreto-ley español de que no se busca aumentar la recaudación, sino que no se reduzca, y, unos párrafos posteriores, se afirma que nuestro sistema tributario no favorece las asimetrías híbridas, por lo que los contribuyentes que se van a ver afectados van a ser pocos. Es cuanto menos sorprendente que el Gobierno se fundamente en esta hipótesis de que no afectará a nuestra recaudación, pero, sin embargo, la Comisión Europea estima que se deja de recaudar tanto por evasión fiscal como por elusión fiscal miles de millones de euros por año. Aunque la Comisión señala que son datos aproximados, sus estimaciones dejan ver que la elusión fiscal sí que afecta a la recaudación y, en consecuencia, hay operaciones económicas que pretende que sean gravadas⁴³, afectando, naturalmente, a la capacidad económica del sujeto pasivo en cuestión. Si ello ocurriera en España, el Real Decreto-ley 4/2021 estaría afectando a su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, en cuanto materia excluida del decreto-ley, y podría verse afectado de forma bastante notoria. Ahondando más en la cuestión, también afirma la Comisión que algunos Gobiernos de los Estados miembros han centrado ciertas subidas fiscales en relación a los rendimientos obtenidos del trabajo y de ciertas empresas con una menor facilidad de trasladarse fiscalmente a otros territorios como consecuencia directa de los factores: la reducción de las alícuotas de la imposición empresarial y su elu-

⁴¹ J. DE JUAN CASADEVALL, “La impermeabilización del Impuesto sobre Sociedades al Decreto-Ley: la dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre”, *Nueva Fiscalidad*, nº 1, 2021, p. 123.

⁴² Fundamento Jurídico 3, STC 73/2017, de 8 junio.

⁴³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales, de 18 de marzo 2015, COM(2015) 136 final, p. 7.

sión fiscal⁴⁴. Lo anterior equivale a afirmar que están dejando de entrar a las arcas públicas ingresos de naturaleza tributaria y, en consecuencia, que afecta a la recaudación tributaria, pues ciertas operaciones pasan a gravarse -evitándose lo que se ha señalado como la doble no imposición-, y habrá que atender a las circunstancias específicas de cada obligado tributario para determinar cómo influirá en su deber de contribuir al levantamiento de las cargas públicas.

40. Que el decreto-ley no modifique, de forma trascendental, el sistema tributario y que no altere de forma sensible la capacidad económica de los contribuyentes son dos límites fundamentales al uso del decreto-ley en materia tributaria⁴⁵, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional más reciente⁴⁶. Ello supone un elemento más en el estudio de la posible inconstitucionalidad en la transposición de normas comunitarias por decreto-ley y, en particular, en la transposición de las directivas ATAD I y ATAD II.

2. Aspectos materiales

A) Delimitación del concepto de elusión fiscal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español

41. En el Derecho español también se ha llevado a cabo una conceptualización de la elusión fiscal, distinguiéndola de la evasión fiscal y otros conceptos que podrían resultar, *a priori*, afines. Es menester destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, la cual tiene un gran carácter didáctico y pedagógico. El Alto Tribunal distingue entre elusión fiscal -no existe una infracción de la norma tributaria, si bien soslaya su aplicación-, evasión fiscal -vulneración directa de esa norma- y economía de opción -el obligado tributario escoge aquella elección que conlleva una menor presión fiscal de entre otras, siendo todas perfectamente lícitas y, por tanto, conformes al Ordenamiento jurídico vigente-. Los magistrados del Tribunal Supremo recurren incluso al Derecho comparado, afirmando que se suele recurrir a las siguientes categorías jurídicas en sede de elusión fiscal: el fraude de ley y las cláusulas antielusión, junto con otros mecanismos, como la doctrina del levantamiento de velo y la doctrina de la transparencia fiscal. Volviendo la mirada al Derecho interno español, la legitimidad constitucional de la adopción de cualquier medida tendente a combatir la elusión fiscal, si se entiende esta última como la “violación indirecta de la norma tributaria”, se fundamenta en dos pilares fundamentales: por un lado, la solidaridad o justa redistribución de la carga tributaria; y, por otro lado, los principios materiales de justicia tributaria establecidos en el artículo 31 de la Constitución -capacidad económica, generalidad, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad-⁴⁷.

42. Interesaría insistir en la diferencia que existiría entre la elusión fiscal y las economías de opción. En este sentido, el Tribunal Supremo -continuando con sus pronunciamientos- defendió la libertad que tiene el contribuyente de escoger la posibilidad más ventajosa que le ofrezca la ley, pudiendo elegir aquella que sea más beneficiosa desde el punto de vista fiscal, incluso utilizando una forma contractual que no sea habitual, normal o tradicional, siempre y cuando no conlleve una violación de obligaciones legales, que es lo que vino a denominar como economía de opción, la cual se fundamenta en la autonomía de las voluntades, en la libertad de contratación y en la libertad de empresa establecidas en el artículo 1.255 del Código Civil español⁴⁸. De lo anterior se desprende que la economía de opción puede confundirse fácilmente con la elusión fiscal, si bien el Derecho interno español permite la erradicación de toda práctica elusiva vía creación y aplicación de normativa específica, vía la función calificadora⁴⁹.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales”, de 17 junio 2015, COM(2015) 302 final, pp. 5-6.

⁴⁵ J. MARTÍN QUERALT/ C. LOZANO SERRANO/ J. M. TEJERIZO LÓPEZ/ G. CASADO OLLERO/ G. ORÓN MORATAL, *ob. cit.*, p. 152.

⁴⁶ Se han de destacar las SSTC 100/2012, de 8 mayo; 73/2017, de 8 junio; y 78/2020, de 1 julio.

⁴⁷ Fundamento de Derecho Tercero, STS 30 mayo 2011, *RJ* 2011/4147.

⁴⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid* de 25 julio 1889.

⁴⁹ Fundamento Jurídico Sexto, STS 2 noviembre 2002, *RJ* 2002/7259. El Alto Tribunal español ha venido reiterando esta idea en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, tales como STS 28 junio 2006, *RJ* 2006/6314; STS 23 febrero 2012, *RJ* 2012/4227; y STS 15 marzo 2012, *RJ* 2012/4802, entre otras.

43. La Recomendación de la Comisión, de 6 de diciembre de 2012, sobre la planificación fiscal agresiva estima como medida conveniente que los Estados miembros prevean en sus Ordenamientos jurídicos internos una cláusula general antiabuso que les permita en los supuestos de acuerdos artificiales que hayan sido adoptados para eludir el impuesto de que se trate, es decir, que vayan en contra al objetivo, espíritu o propósito de la norma tributaria en cuestión, que puedan desconocerlos⁵⁰. En el caso de España, esta cláusula general antiabuso existe, regulándose en el artículo 15 de la Ley General Tributaria, cuyo *nomen iuris* es el conflicto en la aplicación de la norma tributaria -el antiguo fraude de ley tributaria-. El citado precepto español conlleva la sujeción a la norma tributaria que correspondería y la supresión de aquellas ventajas fiscales que ha disfrutado, junto con la exigencia de los correspondientes intereses de demora. Ahora bien, la aplicación de este tipo de normas que tienen por objeto luchar contra la planificación fiscal agresiva en el marco de convenios internacionales, a excepción de que se estipule de forma expresa en estos últimos, es discutible.

44. En el actuar normal de la Hacienda Pública española y, más específicamente, de los sujetos activos de los tributos, esto es, de quienes ejecutan los procedimientos de gestión y recaudación, es imprescindible recordar que las Administraciones Públicas también están sujetas al imperio de la Ley. En consecuencia, resulta de plena aplicación el principio de seguridad jurídica y que la analogía no está permitida en la materia jurídico-tributaria en relación al hecho imponible y las exenciones⁵¹.

45. Hechas las precisiones anteriores, se procede a analizar qué regulación se ha dado a través del Real Decreto-ley 4/2021 a las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades -en adelante, IS- y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes -en adelante, IRNR-. La transposición de las directivas ATAD I y ATAD II se ha realizado mediante la reforma de la normativa reguladora de los citados impuestos españoles, si bien no sigue la estructura de estos actos de la Unión, sino que el Real Decreto-ley 4/2021 enumera las distintas asimetrías híbridas previstas en la normativa comunitaria junto con la regla de coordinación que sería de aplicación para cada una de ellas, pudiendo ser primaria o también primaria y secundaria⁵². La norma primaria es la respuesta jurídica adecuada de cara a suprimir los efectos fiscales que hubiere producido la asimetría híbrida -esto es, la no aceptación del gasto cuando no se haya generado un ingreso-, mientras que la norma secundaria resultará de aplicación por no haberse aplicado la norma primaria -esto es, que se incluya el ingreso cuando el Estado ordenante haya aceptado la inclusión del gasto-, pudiendo ser las razones distintas, como una discrepancia entre el resultado de la transposición de las directivas y el contenido de estos actos de la Unión aun cuando el Estado miembro haya obrado según las directivas, o también piénsese en el supuesto de que se trate de una situación donde esté implicado un tercer Estado, extracomunitario, cuyo Ordenamiento jurídico interno no prevea mecanismos jurídicos para evitar los resultados de una asimetría híbrida, tal y como dispone el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 4/2021⁵³.

B) Las modificaciones del Impuesto sobre Sociedades

a) Ámbito de aplicación

46. En relación al IS, se han operado las siguientes modificaciones legislativas de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades⁵⁴ -en adelante, LIS-: derogación de la letra j) del artículo 15, creación del artículo 15 *bis* y modificación del artículo 16.1. Para abordar cuál es el actual marco jurídico de actuación contra las asimetrías híbridas en sede del IS, se estudiará, en primer lugar,

⁵⁰ DOUE L 388 de 12 diciembre 2012, p. 42.

⁵¹ R. FALCÓN Y TELLA Y E. PULIDO GUERRA, *ob. cit.*, pp. 241-242 y 245-256.

⁵² F. D. MARTÍNEZ LAGUNA, "Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades", *Quincena Fiscal*, nº 10, 2021, p. 10.

⁵³ BOE de 10 marzo 2021.

⁵⁴ BOE de 28 noviembre 2014.

cuándo va a ser aplicable el conjunto de preceptos relacionados con las asimetrías híbridas y, posteriormente, los supuestos específicos que serán considerados como asimetrías híbridas y, por ende, como prácticas elusivas que el Ordenamiento jurídico debe combatir.

47. El ámbito de aplicación de los preceptos específicos sobre asimetrías híbridas se ha incorporado en los apartados 9 y 12 del nuevo artículo 15 *bis* de la LIS: por un lado, cuando se trate de operaciones que se produzcan en el seno de lo que se ha venido a denominar como mecanismo estructurado, entendido este último como aquel acuerdo en virtud del cual la ventaja fiscal que sea consecuencia de una asimetría híbrida que esté prevista en el citado artículo 15 *bis* de la LIS haya sido considerada en los términos del citado acuerdo o también que se haya diseñado el negocio jurídico con el fin de obtener esa ventaja fiscal por la asimetría híbrida, salvo que no hubieran podido conocer razonablemente estos resultados y no compartiesen este beneficio fiscal el contribuyente o una persona o entidad vinculada -apartado 9 del artículo 15 *bis* de la LIS-.

48. Por otro lado, el segundo ámbito de aplicación de la normativa sobre asimetrías híbridas se refiere a las citadas prácticas elusivas reguladas *ex* artículo 15 *bis* de la LIS que se lleven a término con personas o entidades vinculadas. Se establecen cuatro supuestos específicos sobre qué se debe entender por persona o entidad vinculada en el apartado 12 del artículo 15 *bis* de la LIS, pudiendo resumirse, *grosso modo*, de la siguiente manera: entre los sujetos que intervienen en la operación existe una relación de asociación, entre esos sujetos hay un ejercicio de influencia de forma significativa o hay una actuación conjunta en relación a los derechos de voto o de propiedad del capital⁵⁵.

b) Regulación de los distintos tipos de asimetrías híbridas contemplados *ex lege*

49. Una vez analizado el ámbito de aplicación, se han de abordar los supuestos específicos que deben ser considerados como asimetrías híbridas, estando contenidos todos ellos en el artículo 15 *bis* de la LIS -se hará referencia al articulado específico que se ha transpuesto de la Directiva ATAD I-.

50. El primer supuesto sería el relacionado con una asimetría híbrida de instrumento financiero: no deberá permitirse la deducción fiscal de aquellos gastos referentes a negocios jurídicos con personas o entidades vinculadas cuya residencia se encuentre en otro Estado o territorio que, tras una calificación jurídico-fiscal distinta del gasto o del negocio, no den lugar a un ingreso, provoquen un ingreso que esté exento, una minoración del tipo de gravamen, una deducción o una devolución de impuestos que sea diferente a las deducciones previstas para evitar la doble imposición jurídica - artículo 15 *bis*.1 de la LIS, que transpone el primer párrafo del artículo 2.9 a) en cuanto asimetría en resultados tipo “deducción sin inclusión” y el artículo 9.2 de la Directiva ATAD I en relación a la regla primaria⁵⁶.

⁵⁵ Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁵⁶ También está previsto en el artículo 9.2 de la Directiva ATAD I una regla secundaria, si bien no es objeto de transposición porque ya estaba establecido en el artículo 21 de la LIS: el ingreso se incluirá en la base imponible del IS en los supuestos de que el beneficiario o el inversor sean residentes en España y se haya permitido la deducción en el Estado o territorio del ordenante. En relación al segundo párrafo del artículo 2.9 a) de la Directiva ATAD I, no se producirá una asimetría híbrida con el pago de un rendimiento originado por un instrumento financiero transferido por parte de un operador financiero -entendido éste como la persona física o jurídica cuya actividad consiste en la compraventa habitual de instrumentos financieros por cuenta propia con la finalidad de la obtención de beneficios, *ex* artículo 2 de la Directiva ATAD I- en el contexto de una transferencia híbrida introducida en el mercado -esto es, que sea consecuencia no de un mecanismo estructurado, sino de la actividad profesional del operador económico, también definida en el artículo 2 de la Directiva ATAD I-, con la condición necesaria de que la jurisdicción del ordenante exija al operador financiero que incluya en concepto de renta toda cuantía obtenida que esté relacionada con el instrumento financiero transferido; pues bien, lo anterior está establecido en los artículos 21 y 32 de la LIS siempre y cuando el ordenante sea sujeto pasivo del IS español (Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021).

51. Con respecto a las asimetrías de entidades híbridas⁵⁷, no se va a poder deducir desde el punto de vista fiscal aquellos gastos derivados de negocios jurídicos contraídos con personas o entidades vinculadas que tengan su residencia en otro Estado o territorio que, a causa de que hayan sido calificadas fiscalmente de forma distinta en ese Estado o territorio y en el de su partícipe o inversor, no den lugar a un ingreso, en la parte que no se compense con ingresos generadores de una renta de doble inclusión⁵⁸. Por su parte, si el beneficiario o inversor es residente en España y el Estado o territorio del ordenante ha permitido la deducción del gasto, el ingreso se incluirá en la base imponible del IS español -artículo 15 *bis*.2 de la LIS y el primer párrafo del artículo 2.9 e) de la Directiva ATAD I en cuanto asimetría en resultados del tipo “deducción sin inclusión”, incorporándose al Ordenamiento jurídico español las reglas primaria y secundaria señaladas-.

52. El tercer supuesto que se transpone hace referencia a las entidades híbridas inversas⁵⁹, estableciéndose que no van a ser objeto de deducción fiscal los gastos que se deriven de operaciones que se hayan realizado con personas o entidades vinculadas cuya residencia se localice en un tercer Estado o territorio que, por haber sido calificadas desde el punto de vista jurídico-tributario distintamente en ese país y en el Estado de su partícipe o inversor, no den lugar un ingreso. Igualmente, lo anterior resultará de aplicación cuando el vínculo se produzca entre el contribuyente y el inversor o partícipe de manera exclusiva -artículo 15 *bis*.3 de la LIS y artículos 2.9 b) de la Directiva ATAD I, transponiéndose solamente la norma primaria en aplicación de lo que se afirma en el artículo 9.4 del citado acto de la Unión⁶⁰-.

53. El siguiente tipo de asimetría que se introduce es de resultado del tipo de doble deducción⁶¹: se trata de que un mismo gasto pueda ser deducido fiscalmente en dos Estados o territorios. Como regla primaria, se habría de aplicar la imposibilidad de aplicarse la deducción en el IS español cuando sea España el territorio del sujeto inversor; y, como regla secundaria, la imposibilidad de deducción en el sujeto pasivo que lo haya realizado en el caso de que España sea el Estado del ordenante y el otro Estado o territorio no haya impedido la deducción del mismo gasto -artículos 15 *bis*.4 y 15 *bis*.5 d) de la LIS; y primer párrafo del artículo 2.9 g) y del artículo 9.1 de la Directiva ATAD I-.

54. Se prevén otros tres supuestos relacionados con asimetrías de establecimientos permanentes: por un lado, en relación a las asimetrías que produzcan un resultado de deducción sin inclusión, se establece únicamente que no pueda deducirse fiscalmente el pago efectuado por el sujeto pasivo en el IS español como regla primaria -artículo 15 *bis*.5 a) y b) de la LIS; y artículos 2.9 c) y d) de la Directiva ATAD I-, aplicando la facultad de no transponer norma secundaria *ex* artículo 9.4 de la Directiva ATAD I -ya citado anteriormente-; y, por otro lado, no se podrán deducir los gastos estimados en operaciones internas que hayan sido efectuadas a través de un establecimiento permanente del sujeto pasivo en tanto en cuanto estén así reconocidos en un convenio para evitar la doble imposición internacional que deba aplicarse, cuando, atendiendo al Ordenamiento jurídico del Estado del establecimiento permanente, no den lugar a un ingreso, en la parte en que no se compense con ingresos del establecimiento permanente que generen renta de doble inclusión, si bien se prevé un plazo de hasta tres años para que se pueda deducir la cantidad pendiente y se habrá de compensar con ingresos que sí generen renta de doble inclusión -artículo 15 *bis*.5 c) de la LIS y artículo 2.9 f) de la Directiva ATAD I-.

⁵⁷ Atendiendo al artículo 2 de la Directiva ATAD I, será una entidad híbrida cualquier entidad o mecanismo sujetos a imposición según la legislación de una jurisdicción que generen rentas o gastos que se retengan como rentas o gastos de otro/s sujeto/s atendiendo a la legislación de otra jurisdicción.

⁵⁸ El artículo 15 *bis*.11 entiende que existirá una renta de doble inclusión cuando un ingreso esté sujeto a tributación por la LIS y también a la legislación de otro Estado o territorio.

⁵⁹ Una entidad híbrida inversa sería la entidad o mecanismo que no son contribuyentes en el país en que ha sido constituida, si bien sí que lo será en otro/s Estado/s. Por lo tanto, tendrá la condición de transparente en el territorio donde haya sido constituida, mientras que será opaca de cara a la aplicación del Ordenamiento jurídico de otros territorios (F. D. MARTÍNEZ LAGUNA (2021), *ob. cit.*, p. 19).

⁶⁰ Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁶¹ La doble deducción consiste en la deducción de un pago, gasto o pérdida en la jurisdicción en que se origine o se haya sufrido -jurisdicción del ordenante- y también en otra jurisdicción distinta -jurisdicción del inversor- (artículo 2 de la Directiva ATAD I).

55. Mención aparte merecen las denominadas asimetrías de establecimiento permanente no computado o, dicho de otro modo, para la legislación del Estado de la casa central va a existir el establecimiento permanente, pero no existirá en relación a Ordenamientos jurídicos de otro territorio. Serán asimetrías de doble no inclusión en el momento en que las rentas obtenidas por ese establecimiento permanente no van a verse sometidas al fisco de ningún país. En esta situación, no procederá la exención de rentas obtenidas en el extranjero mediante establecimiento permanente *ex* artículo 22 de la LIS -artículo 15 *bis*.6 de la LIS y artículo 9.5 de la Directiva ATAD I-.

56. Pasando a las asimetrías importadas, se impide la deducción fiscal en el contribuyente del IS español del gasto que sea consecuencia a una operación que haya sido realizada con personas o entidades vinculadas cuya residencia esté en otro país o territorio, cuando hayan financiado, bien directamente, bien indirectamente, gastos que sean deducibles y hayan sido efectuados en el contexto de transacciones que produzcan los efectos derivados de las asimetrías híbridas a los que se refieren los apartados 1 a 6 del artículo 15 *bis* de la LIS, salvo el supuesto en que un territorio afectado haya efectuado un ajuste con la finalidad de que no se produzca la deducción del gasto o de que el ingreso se sujete a imposición -artículo 15 *bis*.7 de la LIS y artículo 9.3 de la Directiva ATAD I-.

57. La LIS ya disponía de algunas herramientas para impedir los efectos perniciosos de las asimetrías de transferencias híbridas generadas por una doble utilización de retenciones, por lo que solamente ha debido transponer en su artículo 15 *bis*.8 lo establecido en el artículo 9.6 de la Directiva ATAD I⁶²: sí que se permite la deducción sobre la cuota íntegra del IS español del *quantum* de retención practicada a cuenta de éste en la proporción correspondiente con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada que no resida en España.

58. Un último supuesto de asimetría híbrida que se transpone es el referente a la residencia fiscal, no permitiéndose la deducción de aquellos gastos o pérdidas que sí puedan deducirse en otro territorio en el que el contribuyente sea también residente fiscal, en la parte que se compense con ingresos que no generen renta de doble inclusión -artículo 15 *bis*.10 de la LIS y artículo 9 *ter* de la Directiva ATAD I-.

59. En suma, como bien indica TESAURO, la Directiva ATAD I tiene por objeto impedir a las multinacionales que obtengan una ventaja por asimetrías híbridas de los sistemas tributarios nacionales mediante la doble deducción o la doble “no deducción”, previendo su artículo 9 que, en el caso de que una asimetría provoque una doble deducción de un pago, la deducción se aplicará únicamente en el Estado miembro en el que tiene origen el citado pago. Por su parte, la Directiva ATAD II modifica la Directiva ATAD I en materia de asimetrías híbridas con terceros países⁶³.

C) Breve referencia a las modificaciones del Impuesto sobre la Renta de No Residentes

60. En relación a los cambios normativos realizados en el 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 -en adelante, TRLIRNR-, se ha decidido regular cuatro supuestos específicos de asimetrías híbridas de los previstos en el artículo 2.9 de la Directiva ATAD I: en particular, los apartados c), f), g) y d), que son los supuestos ya analizados *supra* en relación a los establecimientos permanentes. Además, será de aplicación supletoria la regulación de las asimetrías híbridas realizada por la LIS, atendiendo a lo establecido por el artículo 18 del TRLIRNR.

⁶² Real Decreto-ley 4/2021, Preámbulo, apartado II, *BOE* de 10 marzo 2021.

⁶³ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*. 2. Parte speciale, cit., pp. 392.

IV. Reflexiones finales

61. La lucha contra la elusión fiscal se ha convertido en una prioridad del Derecho Internacional Tributario, siendo el máximo exponente el Proyecto BEPS de la OCDE, que ha encontrado reflejo en la normativa comunitaria -Directiva ATAD I y Directiva ATAD II- y, en consecuencia, en el Derecho interno de los Estados miembros -en el caso de España, el Real Decreto-ley 4/2021-.

62. Se han ponderar distintos elementos que entran en juego en sede de elusión fiscal: por un lado, la Unión Europea puede actuar mediante aproximación de legislaciones, dado que las prácticas elusivas inciden de forma directa en el mercado interior comunitario, así como puede actuar España por el deber de transponer las citadas directivas y en estricto cumplimiento de los principios materiales de justicia tributaria establecidos en el artículo 31 de la Constitución -se trata de que aquellas manifestaciones de riqueza que escapan a la Hacienda Pública por las lagunas del Ordenamiento jurídico-tributario se sometan a imposición-; por otro lado, la elusión fiscal no conlleva una violación del Derecho, sino que se usan formas jurídicas que atentarían contra el espíritu de la norma, al contrario de la evasión fiscal, en la que sí que existe un incumplimiento de una obligación legal.

63. Son necesarias las actuaciones legislativas comunitarias o nacionales en pro de la equidad y transparencia fiscales y de los principios materiales de justicia tributaria. Tendiendo en cuenta esta premisa, se ha de añadir que, de una parte, desde la perspectiva del contribuyente, la Hacienda Pública española no puede aplicar la analogía en el ámbito del hecho imponible de los tributos para someter a tributación negocios jurídicos que no serían encuadrables en hechos imposables ya regulados, y, de otra parte, se estarían erradicando comportamientos elusivos que son contrarios a la solidaridad intrínseca del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que tenemos todos los ciudadanos.

64. Es preocupante la creciente complejidad del sistema fiscal español, que se suma a la complejidad del Derecho Internacional Tributario, lo cual va en detrimento del sumamente importante principio de seguridad jurídica que debe reinar en el ámbito tributario, más aún cuando se trata, en particular, de transacciones económicas internacionales. De igual manera, también se ha de denunciar el uso abusivo del decreto-ley que se ha implantado en España y que, en el caso que nos ocupa, es el Gobierno el que incumple el plazo de transposición y el que decide usar esta herramienta de urgente y extraordinaria necesidad por una actuación que él mismo cometió.

65. Con la transposición de las Directivas ATAD I y ATAD II por parte de los Estados miembros de la Unión Europea se está garantizando que, en territorio comunitario, habrá una lucha contra determinadas prácticas elusivas de forma homogénea, por lo que se está avanzando hacia la equidad y transparencia fiscales, que eran los objetivos que buscaba la Unión con la incorporación a su Ordenamiento jurídico de la Acción 2 del Proyecto BEPS.

MARCAS COMPUESTAS POR NOMBRES DE CELEBRIDADES: IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA FAMA DEL PERSONAJE*

TRADEMARKS COMPOSED BY NAMES OF CELEBRITIES: LEGAL IMPLICATIONS OF THE FAME OF THE PERSON

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6685>

Resumen: El presente trabajo se centra en las marcas compuestas por el nombre de celebridades para examinar si la fama del personaje tiene alguna relevancia en el régimen jurídico de dichas marcas. Se analiza si el conocimiento del personaje por parte del público implica, *per se*, un mayor ámbito de protección de la marca, así como las implicaciones de la fama a la hora de realizar la comparación de dichas marcas con marcas de terceros y determinar si concurre riesgo de confusión o procede la especial protección de las marcas de renombre. Finalmente, cuando es un tercero quien solicita como marca el nombre de una celebridad, también se estudia el papel que puede jugar la fama del personaje para apreciar mala fe en la solicitud. El trabajo se centra en el Derecho europeo de marcas, a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

Palabras clave: marcas, riesgo de confusión, marca de renombre, similitud conceptual, doctrina de la neutralización, solicitud de marca de mala fe.

Abstract: This work focuses on trademarks composed by the name of celebrities to examine whether the fame of the character has any relevance in the legal regime. It is examined if the character's fame implies, *per se*, a broader scope of protection for the trademark, as well as the implications of fame in the comparison of the trademarks with other signs necessary to determine whether there is similarity between them giving rise to a likelihood of confusion on the part of consumers, or to the special protection of marks with a reputation. Finally, when the trademark application is filed by a third party, the paper studies the role of character's fame to appreciate that the applicant is acting in bad faith. The study focuses on European trademark law, in the light of the most recent case-law of the Court of Justice and the General Court.

Keywords: trademarks, likelihood of confusion, mark with a reputation, conceptual similarity, neutralisation doctrine, trademark application filed in bad faith.

Sumario: I. Preliminar. II. La celebridad del personaje y conocimiento de la marca. 1. la importancia del conocimiento de la marca al determinar su ámbito de protección. A) La relevancia del conocimiento de la marca al apreciar la existencia de riesgo de confusión. B) El conocimiento de la marca como elemento determinante de la protección reforzada como marca que goza de renombre. 2. La fama del personaje cuyo nombre se incluye en la marca no implica conocimiento de la marca. III. La fama no determina un mayor carácter distintivo intrínseco de la marca. IV. La fama del personaje

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, del cual es investigador principal el autor.

y la similitud conceptual de los signos en conflicto. 1. La similitud de los signos como requisito para apreciar la existencia de riesgo de confusión y para aplicar la protección reforzada de la marca que goza de renombre. 2. La similitud conceptual y la doctrina de la neutralización. 3. La celebridad del personaje y la neutralización de la similitud de signos. A) El caso *Picasso*. B) La aplicación de la doctrina de la neutralización a los personajes famosos de ficción: el caso *Obelix*. C) Cuestiones abiertas tras el caso *Picasso*: el caso *Barbara Becker*. D) El caso *Messi*. E) El caso *Miley Cyrus*. 4. El grado de celebridad necesario y los problemas de prueba. A) El ámbito subjetivo y geográfico de la fama. B) La fama es una cuestión de hecho que puede no necesitar prueba. 5. Consideraciones finales sobre la fama del personaje y la similitud conceptual de los signos en conflicto. IV. La fama del personaje en la valoración de la mala fe al presentar una solicitud de marca por parte de un tercero. 1. El derecho al nombre y el registro de marcas por parte de terceros. 2. El registro de mala fe de marcas que incorporan el nombre de una celebridad. A) La mala fe en la solicitud de una marca. B) La celebridad de una persona y la mala fe del tercero que solicita el nombre de dicha persona como marca. V. Conclusiones.

I. Preliminar

1. Es de sobra conocido que en muchas ocasiones las celebridades de distintos sectores de la actividad cultural, deportiva o social, con la intención de obtener un mayor rendimiento económico de su fama, registran marcas compuestas por sus nombres, de tal modo que puedan ser usadas como distintivos de diferentes gamas de productos o servicios. Aunque este fenómeno tiene un alcance general, uno de sus campos de aplicación más fértil es el sector de la moda, donde no faltan famosos que registran sus nombres como marca de prendas de vestir, complementos, perfumes o joyas.

2. Esta realidad da lugar a no pocos problemas jurídicos a la hora de determinar el acceso de este tipo de marcas a los correspondientes registros de propiedad industrial, o al valorar si, una vez registradas, existe infracción del correspondiente derecho de propiedad industrial o posibilidad de oponerse con éxito a las solicitudes de marcas de terceros.

3. Las dificultades giran esencialmente en torno a la cuestión del papel que debe jugar en esas valoraciones la celebridad o fama de la que goza la persona a la que se refiere el nombre que conforma la marca, y se suscitan en relación con los casos de riesgo de confusión y de protección reforzada de la marca que goza de renombre.

4. Recuérdense a este respecto que, de acuerdo con el Derecho europeo de marcas -que en la actualidad está conformado, esencialmente, por la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas¹ y por el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea²-, se denegará el registro de una marca, o, si esta está registrada, podrá declararse su nulidad, no solo cuando el signo solicitado como marca sea idéntico a una marca anterior y los productos o servicios para los que se haya solicitado o registrado la marca sean idénticos a aquellos para los cuales esté protegida la marca anterior³. Junto a esta hipótesis de doble identidad también se prohíbe el registro de la marca (o si está registrada podrá declararse su nulidad) cuando media riesgo de confusión, es decir, cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por ambas marcas, exista por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación con la marca anterior⁴. Además, también es causa de denegación del registro -o en su caso de nulidad- el hecho de que la marca sea idéntica o similar a una marca anterior, con independencia de que los productos o servicios sean idénticos o similares, cuando la marca anterior goce de renombre en el Estado miembro en el

¹ DOUE L 336, de 23 de diciembre de 2015, pp. 1-26.

² DOUE L 154, de 16 de junio de 2017, pp. 1-99.

³ Artículo 5.1.a) de la Directiva (UE) 2015/2436 y artículos 8.1.a) y 60.1.a) del Reglamento (UE) 2017/1001.

⁴ Artículo 5.1.b) de la Directiva (UE) 2015/2436 y artículos 8.1.b) y 60.1.a) del Reglamento (UE) 2017/1001.

que se solicite el registro o esté registrada la marca -o en la Unión, si se trata de una marca de la Unión Europea- y, con el uso de la marca posterior realizado sin justa causa, se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior, o dicho uso fuera perjudicial para ese carácter distintivo o renombre⁵.

5. Esta triple distinción de supuestos (hipótesis de doble identidad, riesgo de confusión y protección reforzada de la marca que goza de renombre) también es relevante en relación con el ámbito de protección de la marca registrada, ya que el titular de una marca registrada está facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo en relación con los productos o servicios, cuando: a) el signo sea idéntico a la marca y se utilice en relación con productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; b) el signo sea idéntico o similar a la marca y se utilice en relación con productos o servicios idénticos o similares a los productos o servicios para los que esté registrada la marca, si existe un riesgo de confusión por parte del público; y c) el signo sea idéntico o similar a la marca, independientemente de si se utiliza para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando esta goce de renombre en el correspondiente Estado miembro o en la Unión (según sea una marca nacional o de la Unión Europea) y, con el uso del signo realizado sin justa causa, se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o el uso sea perjudicial para dicho carácter distintivo o dicho renombre⁶.

6. Pues bien, en los supuestos de doble identidad de signos en conflicto y de productos o servicios distinguidos es evidente la infracción del derecho de marca prioritaria (si el tercero usa el signo en el tráfico) o la aplicación de la causa de denegación (si pretende su registro como marca) o de la causa de nulidad (si ésta ya está registrada), sin que sea necesario preguntarse por las consecuencias que puede tener el mayor o menor conocimiento entre los consumidores de la persona cuyo nombre conforma la marca. Pero en los casos en que no existe esa doble identidad y se trata de aplicar las hipótesis del riesgo de confusión o de la marca que goza de renombre, la inclusión en la marca del nombre de un personaje famoso suscita no pocos interrogantes: ¿es un elemento que potencia la existencia de riesgo de confusión en los consumidores o por el contrario se trata de una circunstancia que lo reduce?, ¿puede afirmarse que la fama del personaje se traslada automáticamente a su marca convirtiéndola en una marca que goza de renombre, haciéndola acreedora de la protección reforzada de este tipo de signos?, ¿tiene alguna relevancia la celebridad del nombre al comparar los signos en conflicto?, ¿debe darse la misma solución a estos problemas cuando la marca del personaje célebre sea la marca anterior que en el caso en que suceda a la inversa?, ¿qué elementos hay que considerar para valorar la celebridad de la persona?...

7. Estas y otras muchas dudas se han suscitado en la práctica, siendo objeto de análisis por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General. Dentro de esta jurisprudencia destaca una sentencia del Tribunal de Justicia del año 2006, en la que se analizaron algunas cuestiones de interés sobre este tema: la Sentencia de 12 de enero de 2006, *Picasso*⁷. No obstante, más recientemente se han dictado dos nuevas sentencias sobre la materia, que han generado una notable atención y debate. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2020, en el caso *Messi*⁸ y de la Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2021, en el caso *Miley Cyrus*⁹.

8. A continuación, se examinan estas cuestiones, en el ámbito del Derecho europeo de marcas y a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales. De igual modo, también se analiza si la fama de las celebridades determina que cuando un tercero solicita una marca que coincide con el nombre del personaje, se puede entender que se trata de una solicitud de mala fe, cuestión ésta sobre la que también

⁵ Artículo 5.3.b) de la Directiva (UE) 2015/2436 y artículos 8.5 y 60.1.a) del Reglamento (UE) 2017/1001.

⁶ Artículo 10.2 de la Directiva (UE) 2015/2436 y artículos 9.2 y 60.1.a) del Reglamento (UE) 2017/1001.

⁷ STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25.

⁸ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722.

⁹ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372.

existe jurisprudencia reciente del Tribunal General, en especial la sentada en su Sentencia de 14 de mayo de 2019, en el caso *Neymar*¹⁰.

II. Celebridad del personaje y conocimiento de la marca

9. El conocimiento de una marca entre el público es un elemento crucial que influye en un mayor ámbito de protección (*infra* apartado 1). No es de extrañar por ello que las celebridades que registran su nombre como marca pretendan valerse de ese mayor ámbito de tutela, invocando precisamente su celebridad como prueba de la notoriedad de la marca. Se trata, por tanto, de comprobar la viabilidad de este tipo de pretensiones (*infra* apartado 2).

1. La importancia del conocimiento de la marca al determinar su ámbito de protección

10. El conocimiento de la marca entre el público destinatario es relevante tanto para ampliar la protección de la marca en el caso de riesgo de confusión (*infra* 1.1) como para, en su caso, conferirle la especial protección de las marcas que gozan de renombre (*infra* 1.2).

A) La relevancia del conocimiento de la marca al apreciar la existencia de riesgo de confusión

11. El riesgo de confusión es uno de los elementos nucleares del Derecho de marcas, porque permite a los titulares de marcas ya existentes oponerse al registro de marcas posteriores, así como demandar a quienes usan signos en el tráfico, para evitar que se induzca a los consumidores a creer que los productos o servicios tienen un origen empresarial que no se ajusta a la realidad¹¹.

12. La apreciación del riesgo de confusión ha de sujetarse a una serie de pautas establecidas por una consolidada jurisprudencia europea del Tribunal de Justicia y del Tribunal General. No procede en este momento su análisis exhaustivo, por exceder del objeto del presente trabajo, pero sí resulta necesario recordar que son los tribunales de justicia o en su caso las oficinas de propiedad industrial las que deben comprobar la existencia de riesgo de confusión, adoptando siempre la perspectiva del consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz de los correspondientes productos o servicios¹², partiendo de

¹⁰ STGUE 14 mayo 2019, T-795/17, *Neymar*, ECLI:EU:T:2019:329.

¹¹ La figura del riesgo de confusión engloba tanto el riesgo de confusión en sentido estricto (directo e indirecto) como el riesgo de confusión en sentido amplio. Son clásicas en este sentido las SSTJUE 11 noviembre 1997, C-251/95, *Sabel*, EU:C:1997:52829, § 26; de 29 de septiembre de 1998, *Canon*, C-39/97, EU:C:1998:442, § 29; y de 22 de junio de 1999, *Lloyd*, C-342/97, EU:C:1999:323, § 17. Para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se remite a R. GARCÍA PÉREZ, *El Derecho de Marcas de la UE en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, La Ley, Madrid, 2019, pp. 297 y ss. Existe riesgo de confusión directo cuando el público destinatario de los productos o servicios confunde los signos contrapuestos, de tal modo que considera que el producto o servicio distinguido con la marca usurpada es el mismo que el producto o servicio que procede de la empresa que registró primeramente la marca original. En cambio, el riesgo de confusión indirecto se produce cuando, a pesar de diferenciar las marcas contrapuestas, el público puede creer equivocadamente que ambas marcas pertenecen a una misma empresa. Finalmente, en el caso del riesgo de confusión en sentido amplio, el público deslinda correctamente las marcas confrontadas y las empresas titulares, pero al mismo tiempo cree erróneamente que entre tales empresas existen vínculos económicos u organizativos. Por su parte, el riesgo de asociación no es una figura distinta del riesgo de confusión, sino que engloba el riesgo de confusión indirecta y el riesgo de confusión en sentido amplio.

¹² STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, EU:C:1999:323, § 26, donde también se destaca «el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada». Sobre el estándar del «consumidor medio» en materia de marcas, en comparación con otros estándares propios de otras ramas del Derecho industrial, como el «usuario informado» en materia de diseños o el «experto en la materia» en patentes, véase, entre la literatura más reciente: R. D. LAUSTSEN, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, 2020, en especial, pp. 125 y ss.

que dicho consumidor rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria, y teniendo en cuenta que, en el caso de las marcas de la Unión Europea, es suficiente con que el riesgo de confusión se produzca en una parte de la Unión¹³. Por tal motivo, y según los casos, basta con constatar el riesgo de confusión desde la perspectiva de los consumidores y usuarios de una determinada lengua (española, alemana, etc.), sin necesidad de tener en cuenta los públicos que hablan otros idiomas¹⁴.

13. Al valorar la existencia de riesgo de confusión debe realizarse una apreciación global, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del caso concreto, entre los que figuran, en particular, el grado de similitud entre los signos en conflicto y entre los productos o servicios designados de que se trate¹⁵. De hecho, la identidad o similitud de signos y productos o servicios son elementos cumulativos que deben concurrir en todo caso¹⁶ (faltando al menos similitud de los signos no habrá riesgo de confusión, como tampoco lo habrá si no hay similitud entre productos o servicios) e interdependientes (pues un bajo grado de similitud entre los productos o servicios en cuestión puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre los signos en conflicto, y a la inversa¹⁷).

14. Partiendo de esta base, desde la importante y clásica sentencia en el caso *Sabel*, el Tribunal de Justicia ha sentado una relevante pauta jurisprudencial según la cual «el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior»¹⁸. Se trata de una pauta que se aplica al realizar la apreciación global del riesgo de confusión, tanto en el momento de la solicitud de registro de un signo posterior, como en el caso del juicio de infracción de la marca prioritaria¹⁹, y que lleva al resultado de que estas marcas «disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor»²⁰.

15. El Tribunal de Justicia también ha aclarado que para determinar el carácter distintivo de una marca debe apreciarse «globalmente la mayor o menor aptitud de la marca para identificar los productos o servicios para los cuales fue registrada atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada y, por tanto, para distinguir dichos productos o servicios de los de otras empresas»²¹. Y también se ha reconocido que el elevado carácter distintivo puede ser intrínseco (por ejemplo, cuando la marca carece de elementos descriptivos de los productos o servicios para los que ha sido registrada)²² o adquirido, lo cual sucederá cuando la marca sea conocida en el mercado.

¹³ *Vid.*, entre otras, STJUE 22 septiembre 2016, C-223/15, *combit Software*, ECLI:EU:C:2016:719, § 26.

¹⁴ STGUE 11 febrero 2020, T-732/18, *Dalasa/EUIPO - Charité - Universitätsmedizin Berlin (charantea)*, ECLI:EU:T:2020:43, § 21.

¹⁵ STJCE 11 noviembre 1997, C-251/95, *Sabel*, EU:C:1997:52829, § 22; STJCE 12 junio 2007, C-334/05 P, *OAMI/Shaker*, EU:C:2007:333, § 34, y STJCE 20 septiembre 2007, C193/06 P, *Nestlé/OAMI*, EU:C:2007:539, § 33.

¹⁶ *Vid.*, entre otras, STGUE de 22 de enero de 2009, T-316/07, *easyHotel*, EU:T:2009:14, § 42, y STGUE 15 octubre 2014, T515/12, *The English Cut*, ECLI:EU:T:2014:882, § 17.

¹⁷ STJCE 29 septiembre 1998, C-39/97, *Canon*, ECLI:EU:C:1998:442, § 17.

¹⁸ STJCE 11 noviembre 1997, C-251/95, *Sabel*, ECLI:EU:C:1997:52829, § 24; STJCE 29 septiembre 1998, C-39/97, *Canon*, EU:C:1998:442, § 28; STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, § 20.

¹⁹ En relación con el riesgo de confusión como motivo de denegación relativo de la solicitud de inscripción de marca, *vid.* entre otras, las sentencias *Sabel* y *Canon*, citadas en la nota anterior. Y a propósito de la infracción de la marca registrada por el uso de signos en el tráfico que dan lugar a riesgo de confusión, la sentencia *Lloyd* (véase nota anterior) y otras como la STJCE 22 noviembre 2000, C-425/98, *Marca Mode*, ECLI:EU:C:2000:339, §§ 38 y ss.

²⁰ STJCE 29 septiembre 1998, C-39/97, *Canon*, ECLI:EU:C:1998:442, § 28. Ahora bien, también ha aclarado el Tribunal de Justicia que «no cabe excluir tal riesgo cuando el carácter distintivo de la marca anterior sea escaso»: STJUE 5 marzo 2020, C-766/18 P, *Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO*, ECLI:EU:C:2020:170, § 70. Véase, también STJUE 8 noviembre 2016, C-43/15 P, *BSH/EUIPO*, ECLI:EU:C:2016:837, §§ 61 y 62, y STJUE 12 junio 2019, C-705/17, *Hansson*, ECLI:EU:C:2019:481, §§42 y 44.

²¹ STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI: EU:C:1999:323, § 20.

²² STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI: EU:C:1999:323, § 23.

16. En efecto, ya en la Sentencia *Sabel* el Tribunal de Justicia alude al elevado carácter distintivo adquirido de la marca «gracias a la notoriedad de que goza entre el público»²³. Y posteriormente ha aclarado que dicha notoriedad se vincula al conocimiento de la marca entre dicho público, al referirse a «aquellas marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado»²⁴.

17. Por lo tanto, cuanto más conocida es la marca, mayor es su carácter distintivo y, en consecuencia, existe mayor riesgo de confusión. Se trata de una pauta interpretativa totalmente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin perjuicio de que ha generado importantes críticas, por entender que debiera ocurrir lo contrario, esto es, que cuanto más conocida es una marca menor debe ser el riesgo de confusión²⁵. En todo caso, y como acertadamente afirma el profesor GARCÍA PÉREZ²⁶, «quizá lo más honesto sea reconocer que el mayor carácter distintivo de una marca no aumenta el riesgo de confusión del consumidor en la realidad del mercado, sino que los tribunales han concedido a través del precepto legal que regula el riesgo de confusión, una tutela a las inversiones realizadas por los titulares de marca».

B) El conocimiento de la marca como elemento determinante de la protección reforzada como marca que goza de renombre

18. El conocimiento de una marca no solo puede dar lugar a una mayor protección contra el riesgo de confusión, tal como se ha explicado. También puede hacer que la marca se convierta en una marca que goza de renombre.

19. Tradicionalmente ha existido una notable controversia doctrinal a propósito del concepto de marca que goza de renombre, conviviendo la tesis que considera que el renombre depende únicamente de factores cuantitativos referentes al conocimiento de la marca, con otras interpretaciones que han defendido que para poder acceder a ese *status* reforzado es necesario que la marca presente elementos cualitativos que la diferencien del resto de marcas, vinculados al buen nombre o prestigio asociado a la calidad de los productos o servicios distinguidos²⁷. No obstante, en el ámbito del Derecho europeo de marcas dicha controversia ha quedado solventada por la consolidada jurisprudencia del Tribunal de

²³ STJCE 11 noviembre 1997, C-251/95, *Sabel*, ECLI: EU:C:1997:52829, § 24.

²⁴ STJCE 29 septiembre 1998, C-39/97, *Canon*, ECLI:EU:C:1998:442, § 18; STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, § 20 y § 23, donde se añade que procede tomar en consideración, entre otros factores, «la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca, la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifica los productos o servicios atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de Cámaras de Comercio e Industria o de otras asociaciones profesionales».

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, A. GRIFFITHS, «The Impact of the Global Appreciation Approach on the Boundaries of Trade Mark Protection», *Intellectual Property Quarterly*, 2001 (4), pp. 326–60 (336); y J. PHILLIPS, «String trade marks and the likelihood of confusion in European law», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 1, N. 6, pp. 385–397 (392).

²⁶ R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho de marca. De la marca como indicación de la procedencia empresarial a la multifuncionalidad jurídica de la marca*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 151.

²⁷ Para una síntesis de los distintos planteamientos, véase, en la literatura más reciente, M. BOHACZEWSKI, *Special Protection of Trade Marks with a Reputation under European Union Law*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 39 y ss. En conexión con este debate se encuentra el referente a la denominación de la figura, pues en algunos idiomas se usan expresiones que parecen destacar los elementos cualitativos, como los términos marca que tiene reputación (*has a reputation*) o que goza de prestigio (*goze de prestigio*). El Tribunal de Justicia ha sido consciente de estas divergencias terminológicas, pero ha ceñido sus implicaciones a una mera distinción de intensidad de conocimiento. Así, en la STJCE 14 septiembre 1999, C-375/97, *General Motors*, ECLI:EU:C:1999:408, § 21, afirma que «las versiones alemana, neerlandesa y sueca utilizan términos que significan que la marca debe ser “conocida”, sin otra precisión en cuanto a la extensión del conocimiento que se exige, mientras que las demás versiones lingüísticas utilizan el término “renombre” o expresiones que, como este término, implican, cuantitativamente, cierto grado de conocimiento entre el público». Y ha considerado más adecuado el término de marca conocida (§ 22), por juzgarlo más neutral. En cambio, el maestro FERNÁNDEZ-NÓVOA puso de manifiesto que la expresión marca conocida puede generar dificultades para deslindarlo de la marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 *bis* del Convenio de la Unión de París (FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Estudios sobre la protección de la marca renombrada*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 31–32).

Justicia, tras su Sentencia de 14 de septiembre de 1999, *General Motors*²⁸, según la cual los factores cualitativos no son relevantes para calificar a una marca como marca con renombre, bastando con que la conozca una parte significativa del público interesado por los productos o servicios amparados por ella²⁹. En consecuencia, el renombre al que se refiere el Derecho europeo de marcas es equivalente a conocimiento o a fama, de modo neutral. Es decir, la marca que goza de renombre puede ser conocida por la calidad y prestigio de los productos o servicios distinguidos o por todo lo contrario.

20. Por lo demás, no se exige el conocimiento de la marca entre el público general, bastando con que lo sea entre el público interesado en los correspondientes productos o servicios distinguidos³⁰, y siendo suficiente también con que lo sea en una parte sustancial del territorio en el que está protegida la marca (parte sustancial del territorio que en el caso de las marcas de la Unión Europea puede coincidir con el territorio de un solo Estado miembro³¹).

21. Con estos parámetros, al apreciar el grado de conocimiento de la marca habrá que tener en cuenta «la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca, la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifica los productos o servicios atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de Cámaras de Comercio e Industria o de otras asociaciones profesionales»³². En cambio, no puede establecerse de forma general cuándo una marca tiene un fuerte carácter distintivo, por ejemplo, no es posible fijar un porcentaje mínimo de conocimiento de la marca entre el público a partir del cual se le ha de reconocer el carácter de marca de renombre, del mismo modo que mediante porcentajes determinados relativos al grado de conocimiento de la marca en los sectores interesados³³.

2. La fama del personaje cuyo nombre se incluye en la marca no implica conocimiento de la marca

22. Sobre la base de la jurisprudencia que se acaba de reseñar, surge la necesidad de dilucidar si la fama y conocimiento de una persona en un determinado sector hace que la marca compuesta por el nombre de esa persona también goce automáticamente de un mayor conocimiento, determinante de un mayor carácter distintivo y, por ende, de una mayor protección en los casos de riesgo de confusión o, en su caso, de la conversión en una marca que goza de renombre³⁴.

²⁸ STJCE 14 septiembre 1999, C-375/97, *General Motors*, ECLI:EU:C:1999:408, § 31.

²⁹ Con todo continúan las críticas a este concepto, por entender que es incompleto, al no reconocer tanto las características cuantitativas como las cualitativas de la marca objeto de protección. Así, por ejemplo, C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 405 y, más recientemente, M. CERNADAS LÁZARE, *La dilución de la marca de renombre*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 135. Esta autora también destaca que la ausencia en una marca de los criterios cualitativos de renombre y fuerza distintiva, aunque no le impide encajar en la definición de marca de renombre que maneja el Tribunal de Justicia, sí impedirá cumplir los requisitos específicos de protección, porque si la marca no es poseedora de cierto prestigio, ningún signo posterior podrá perjudicar u obtener una ventaja desleal de dicho renombre o carácter distintivo, por ser inexistente.

³⁰ Esto ha merecido la crítica de un sector de la doctrina, que considera que el nivel reforzado de protección de las marcas de renombre debiera limitarse a las marcas conocidas por una parte sustancial del gran público en general: L. A. MARCO ARCALÁ, «Notoriedad y renombre de las marcas nacionales en la primera Directiva sobre marcas a la luz de la jurisprudencia reciente del TJCE (Comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1999, caso GM)», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, 20 (1999), pp. 619-644 (641).

³¹ STJCE 14 septiembre 1999, C-375/97, *General Motors*, ECLI:EU:C:1999:408, § 31; STJCE 6 octubre 2009, C301/07, *PAGO International*, ECLI:EU:C:2009:611, §§ 27 y 29; y STJUE 3 septiembre 2015, C-125/14, *Unilever*, ECLI:EU:C:2015:539, §§ 19 y 20.

³² STJCE de 22 de junio de 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, § 23. Por lo tanto, se aplican a la comprobación del incremento del carácter o fuerza distintiva de una marca los elementos que ya había tenido en cuenta el Tribunal de Justicia a propósito de la adquisición de dicho carácter en la STJCE 4 mayo 1999, C-108/97 y C-109/97, *Windsurfing Chiemsee*, ECLI:EU:C:1999:230, § 51.

³³ STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, EU:C:1999:323, § 28.

³⁴ El conocimiento de la marca entre el público no solo puede convertirla en marca de renombre, sino que también puede incrementar, como queda dicho, su carácter distintivo. Y ese mayor carácter distintivo no solo aumenta la posibilidad de riesgo

23. Esta cuestión fue objeto de análisis en el caso *Picasso*. En este asunto los herederos del pintor español Pablo Picasso, titulares de la marca de la Unión Europea denominativa «PICASSO», registrada para distinguir vehículos, aparatos de locomoción terrestre, aérea o marítima, coches, autobuses, camiones, camionetas, caravanas y remolques, presentaron una oposición a la solicitud de registro como marca de la Unión del signo denominativo «PICARO» para distinguir automóviles y sus piezas, así como autobuses. En el recurso que presentaron los oponentes ante el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) contra la resolución de la Oficina para la Armonización del Mercado Interior (hoy Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea o EUIPO, por sus siglas en inglés) que desestimó la oposición, los herederos del famoso pintor alegaron la referida jurisprudencia según la cual las marcas que tienen un elevado carácter distintivo gozan de una protección más amplia que aquellas cuyo carácter distintivo es menor.

24. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia consideró inaplicable esa jurisprudencia, porque «la notoriedad del signo denominativo PICASSO como nombre del célebre pintor Pablo Picasso no incrementa el riesgo de confusión entre las dos marcas respecto a los productos de que se trata»³⁵. Y el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 12 de enero de 2006³⁶, ratificó la apreciación realizada por el Tribunal de Primera Instancia, asumiendo también la posición del Abogado General, que afirmó que el signo denominativo PICASSO carece de un elevado carácter distintivo como marca de vehículos, «no debiendo, pues, otorgarle ese más amplio amparo por ser el nombre de un pintor prestigioso»³⁷.

25. Resulta, así, que no cabe confundir el conocimiento que el público puede tener de la persona cuyo nombre conforma la marca con el conocimiento por parte de dicho público de la marca en cuestión. Una cosa es que sea de conocimiento notorio quién es el personaje cuyo nombre se incluye en la marca (por ejemplo, Picasso) y otra muy distinta que por esa mera circunstancia se tenga conocimiento de la correspondiente marca (por ejemplo, de la marca Picasso para automóviles).

26. Así las cosas, se concluye que la fama de la persona cuyo nombre conforma la marca no incrementa por sí sola la protección del signo distintivo. Tal conocimiento del personaje no se transmite automáticamente al conocimiento de la marca, por lo que no puede invocarse un mayor carácter distintivo, ni menos aún un eventual renombre de la marca.

27. Es muy significativa, a este respecto, la Resolución de la División de oposición de la EUIPO de 15 de abril de 2014³⁸. En este caso, ante la solicitud de la marca denominativa de la Unión «GAGA», se presentó una oposición por parte del titular de la marca previa denominativa, también de la Unión, «LADY GAGA», que incorpora el nombre de una conocida cantante neoyorquina y que está registrada para distinguir distintos productos o servicios, entre ellos varios productos relacionados con la moda. La oposición se basó en el supuesto renombre de la marca previa en Alemania, Austria y el Reino Unido. No obstante, la División de oposición consideró que no había quedado suficientemente acreditado el renombre de la marca. No solo porque se aportaron impresiones de Wikipedia y de la página de Facebook de la cantante (cuyo valor probatorio es muy reducido), sino también porque no había quedado probado el uso y el conocimiento de la marca (que es algo distinto del conocimiento de la cantante)³⁹.

de confusión, sino que también acrecienta la posibilidad de que, siendo una marca de renombre, el público, ante una marca posterior, evoque la marca anterior y concurren los supuestos contra los que están especialmente protegidas las marcas que gozan de renombre. *Vid.* STJCE 27 noviembre 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, ECLI:EU:C:2008:655, §§ 54 y 55.

³⁵ STPI 22 junio 2004, T-185/02, *Picasso*, ECLI:EU:T:2004:189, § 61.

³⁶ STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25. Sobre las distintas cuestiones analizadas en esta sentencia véase C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «Las múltiples facetas del caso “Picasso”», en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA/Á. GARCÍA VIDAL/J. FRAMIÑÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2006). Comentarios, recopilación y extractos sistematizados*, Comares, Granada, 2008, pp. 5-11.

³⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, de 8 de septiembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:531 § 47. Y en el § 43, haciéndose eco de la posición de la Oficina, afirma que «sólo si existiera una norma jurídica que atribuyera a la utilización de un nombre prestigioso un carácter distintivo elevado, podría admitirse un error del tribunal de instancia».

³⁸ Caso 002166034.

³⁹ En palabras de la División de oposición: «The evidence which can be taken into account does not provide information on the

28. En definitiva, sucede con la notoriedad del personaje lo mismo que con la notoriedad de la compañía titular de una marca, a propósito de lo cual el Tribunal General ha declarado que la reputación de la compañía no se extiende automáticamente a la de las marcas de las que es titular (Sentencia de 28 de octubre de 2016, *Unicorn*⁴⁰).

III. La fama no determina un mayor carácter distintivo intrínseco de la marca

29. Como se acaba de exponer, la fama o notoriedad de una celebridad no se transmite automáticamente a las marcas que incluyen su nombre, que podrán ser o no ser renombradas o gozar de un mayor carácter distintivo adquirido como consecuencia del conocimiento de la marca.

30. Ahora bien, una vez excluido que la fama del personaje se traduzca en un mayor carácter distintivo derivado del conocimiento de la marca, una cuestión distinta es si la celebridad del personaje puede hacer que la marca formada por su nombre goce de un mayor carácter distintivo intrínseco, es decir, derivado de la propia configuración del signo y no de otras circunstancias como el conocimiento de la marca.

31. Como ya se ha recordado, una marca tiene un elevado carácter o fuerza distintiva intrínseca cuando, por la propia configuración del signo, tiene una elevada aptitud para identificar los productos o servicios para los cuales fue registrada, atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada. Esta mayor capacidad para distinguir dichos productos o servicios de los de otras empresas, se tendrá, por ejemplo, cuando el signo que conforma la marca carece de cualquier elemento descriptivo de los productos o servicios para los que ha sido registrada⁴¹, o cuando es una marca única, es decir, si nadie ha utilizado el signo que la conforma para ningún producto o servicio a excepción del titular de la marca para los productos y servicios que comercializa⁴².

32. Con este presupuesto, se trata, de nuevo, de determinar si la fama del personaje puede servir para aumentar la protección de la marca, toda vez que –como ya se ha recordado– cuanto mayor es el carácter distintivo de una marca, mayor será la posibilidad de riesgo de confusión o, en su caso, de que el público, ante una marca posterior, evoque la marca anterior y concurran los supuestos contra los que están especialmente protegidas las marcas que gozan de renombre.

33. Es especialmente esclarecedor a este respecto el siguiente fragmento de la resolución de la *United States Court of Appeals, Second Circuit*, de 28 de febrero de 2001, *TCPIP Holding Co. v. Haar Commc'ns, Inc.*⁴³, cuando afirma que:

«The more arbitrary and fanciful the mark in relation to the goods on which it is used, the more the consumer is likely to assume that a similar mark designates the owner of the first as the source of the

extent of use. The evidence does not provide any indication of the degree of recognition of the trade mark by the relevant public. Furthermore, the evidence does not indicate the sales volumes, the market share of the trade mark or the extent to which the trade mark has been promoted. As a result, the evidence does not show the degree of recognition of the trade mark by the relevant public. Under these circumstances, the Opposition Division concludes that the opponent failed to prove that its trade mark has a reputation».

⁴⁰ STGUE 28 octubre 2017, T-123/15, *Unicorn*, ECLI:EU:T:2016:642. En el § 57 de esta sentencia el Tribunal sostiene que «in order to establish that a trade mark has a reputation, it must be proved that that mark is known to a significant part of the public concerned by the goods or services covered by that trade mark. Consequently, even if the name of a company is known, that recognition is not capable of establishing that the mark of which it is the proprietor, even if it is a 'house mark' which is identical to the name of the company, is known to a significant part of the public in respect of the goods and services which it covers». Esta posición es considerada demasiado rigurosa por algún sector de la doctrina, que entiende que puede suceder que el uso distintivo de la denominación social dé lugar a un conocimiento de las marcas que la integran (BOHACZEWSKI, M., *Special Protection of Trade Marks with a Reputation under European Union Law*, Wolters Kluwer, 2020, págs. 50-51).

⁴¹ STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, § 23

⁴² STJCE 27 noviembre 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, ECLI:EU:C:2008:655, § 56.

⁴³ 244 F.3d 88, 93 (2d Cir. 2001).

goods. The arbitrariness of the mark in relation to those goods makes it unlikely that an unrelated merchant would select a similar mark for closely related goods. Conversely, the more descriptive the mark is of the goods, the less likely a consumer is to assume a similar mark used on related goods came from the same source».

34. Pues bien, sobre esta base se ha argumentado que el hecho de que el nombre de una celebridad sea usado como marca dará lugar a una marca con un alto carácter distintivo, al no tratarse de un signo común que el público asocie con los correspondientes productos o servicios⁴⁴. De hecho, en algunas resoluciones de la EUIPO y del Tribunal General parece seguirse esta interpretación, si bien el Tribunal de Justicia la ha rechazado.

35. Entre las resoluciones de la EUIPO cabe citar la Resolución de la Primera Sala de Recurso de la, por aquél entonces, OAMI, de 5 de octubre de 2006⁴⁵, en la que «la Sala considera que en la solicitud de marca “BanderaS by ANTONIO BANDERAS” hay un elemento dominante de gran distintividad: el nombre del actor internacionalmente conocido ANTONIO BANDERAS, cuyo apellido aparece además repetido (“BanderaS by ANTONIO BANDERAS”). Así, el consumidor medio que se encuentra con una bebida alcohólica “BanderaS by ANTONIO BANDERAS” pensará inmediatamente en el famoso actor español, cuya celebridad ha sido reconocida aun en la resolución impugnada»⁴⁶.

36. En esta misma línea, entendiendo que la fama del nombre que conforma la marca puede aumentar su carácter distintivo intrínseco, se inserta la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de junio de 2005⁴⁷, en la que el Tribunal entendió que la marca previa ALADDIN, registrada para distinguir productos para pulir metales, es una marca con un elevado carácter distintivo intrínseco por aludir al conocido personaje de ficción de *Las mil y una noches*⁴⁸.

37. No obstante, el Tribunal de Justicia ha negado que pueda concluirse que una marca tenga un grado elevado de carácter distintivo únicamente porque no exista un vínculo conceptual con los productos o servicios pertinentes. Y así lo ha establecido, tanto con carácter general como a propósito de las marcas compuestas por el nombre de personas, sean o no famoso.

38. En relación con marcas compuestas por nombres de personas no famosas, es significativo el caso *Silvian Heach*, en el que se solicitó el registro como marca denominativa de la Unión del signo H.EICH para distinguir ropa, zapatos, sombreros y artículos de cuero, entre otros productos, y se formuló oposición por parte del titular de la marca nacional italiana previa, para los mismos productos:



⁴⁴ I. FHIMA – D. S. GANGJEE, *The confusion test in European Trade Mark Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 154.

⁴⁵ Corregida el 29 de noviembre de 2006. Asunto R 240/2006-1.

⁴⁶ § 25.

⁴⁷ STPI 14 junio 2005, T126/03, *Reckitt Benckiser (España)/OHMI - Aladin (ALADIN)* ECLI:EU:T:2005:288, § 92.

⁴⁸ En el § 92 de la Sentencia se afirma que «Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las cualidades intrínsecas de la marca anterior, procede señalar, por una parte, que, como pone de relieve la demandante, el signo denominativo ALADDIN carece de elementos descriptivos de los productos para los que fue registrado y, por otra, que dicho signo posee un fuerte potencial evocador que puede constituir una cualidad intrínseca de la marca. En efecto, Aladino es públicamente conocido como el héroe de un cuento de *Las mil y una noches* descubridor de una lámpara de aceite metálica que, al frotarla, hacía aparecer un genio que satisfacía los deseos de su poseedor. Así pues, el término Aladino evoca a la vez una de las posibles utilizaciones de los productos contemplados por la marca anterior y su supuesto carácter milagroso. Por consiguiente, procede considerar que la marca anterior goza de una gran aptitud para identificar los productos para los que fue registrada, a saber, productos para pulir metales, por su procedencia de una empresa determinada y, por lo tanto, para distinguirlos de los de otras empresas. En la resolución impugnada, la Sala de Recurso admitió además el argumento de la demandante según el cual la marca anterior posee un fuerte carácter distintivo, extremo que tampoco discute la OAMI en el marco del presente recurso».

Uno de los argumentos del oponente fue que su marca gozaba de un elevado carácter distintivo intrínseco. Pero el Tribunal de Justicia – en su Auto de 16 de mayo de 2013⁴⁹– consideró que no, afirmando que una marca no tiene necesariamente un elevado grado de carácter distintivo únicamente porque no exista un vínculo conceptual con los productos o servicios pertinentes. De este modo, el Tribunal de Justicia confirma lo que ya había sostenido el Tribunal General en su Sentencia de 19 de junio de 2012, al afirmar que el público percibirá la marca como la asociación de un nombre y apellido, lo que es un concepto banal en el sector de la vestimenta, sin que haya nada que los hagan particularmente significativos para el público de referencia⁵⁰.

39. De igual modo, tampoco el mero hecho de que el nombre de una persona famosa se aplique como marca a productos o servicios desvinculados con dicho nombre le otorga un alto carácter distintivo a la marca. Tal planteamiento fue rechazado ya por el Tribunal de Primera Instancia en el caso *Picasso*, al afirmar que «para el público relevante, el signo denominativo PICASSO tiene un contenido semántico claro y determinado. Contrariamente a lo que sostienen los demandantes, la relevancia del significado del signo a efectos de la apreciación del riesgo de confusión no se ve afectada, en el presente caso, por el hecho de que este significado no tenga relación con los productos en cuestión»⁵¹. El argumento que se emplea es de nuevo la distinción entre el conocimiento del personaje y el conocimiento como marca. Se considera que, aunque el público conozca al personaje, eso no lo lleva directamente a ver el signo como marca⁵². Y esta apreciación fáctica es respetada por el Tribunal de Justicia⁵³.

40. Por lo demás, esta jurisprudencia es aplicada por los tribunales nacionales, pudiendo destacarse, por ejemplo, la Sentencia núm. 7/2018, de 9 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª)⁵⁴, en la que se declara que el hecho de que una marca aplicada al sector de los servicios de la enseñanza esté formada por el nombre de un personaje famoso de la literatura como es Lope de Vega no sirve para acrecentar el riesgo de confusión por su distintividad intrínseca.

IV. La fama del personaje y la similitud conceptual de los signos en conflicto

1. La similitud de los signos como requisito para apreciar la existencia de riesgo de confusión y para aplicar la protección reforzada de la marca que goza de renombre

41. Como ya se ha recordado, un elemento necesario para apreciar el riesgo de confusión en materia de marcas es que exista similitud entre los signos en conflicto (la marca previa y el signo que se pretende registrar con posterioridad o que se usa como marca en el mercado). Si falta dicha similitud, por mucho que la marca tenga un carácter distintivo elevado o por mucho que los productos o servicios distinguidos sean muy similares o incluso idénticos, no existirá riesgo de confusión⁵⁵.

⁴⁹ ATJUE 16 mayo 2013, C-379/12 P, *H/Eich*, ECLI:EU:C:2013:317, § 71.

⁵⁰ STGUE 19 junio 2012, T557/10, *H.Eich Srl*, ECLI:EU:T:2012:309, § 80.

⁵¹ STPI 22 junio 2004, T-185/02, *Picasso*, ECLI:EU:T:2004:189, § 57.

⁵² Se afirma en el § 57 de la sentencia que, «en efecto, la reputación del pintor Pablo Picasso es tal que no cabe considerar, a falta de indicios concretos en sentido contrario, que el signo PICASSO, como marca de vehículos, pueda superponerse, en la percepción del consumidor medio, al nombre del pintor de modo que dicho consumidor ante el signo PICASSO en el contexto de los productos de que se trata, haga en adelante abstracción del significado del signo como nombre del pintor y lo perciba principalmente como una marca, entre otras cosas, de vehículos».

⁵³ STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25, § 32: «se desprende de manera implícita pero cierta que, al término de una apreciación de naturaleza fáctica cuyo control escapa al Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, el Tribunal de Primera Instancia consideró efectivamente que el signo PICASSO no tiene ningún elevado carácter distintivo intrínseco por lo que respecta a los automóviles».

⁵⁴ ECLI:ES:APV:2018:504.

⁵⁵ STJUE 4 marzo 2020, C328/18 P, *EUIPO/Equivalenza Manufactory*, ECLI:EU:C:2020:156, § 60; y antes: STJCE 12 octubre 2004, C106/03 P, *Vedial/OAMI*, ECLI:EU:C:2004:611, § 54; STJUE 2 septiembre 2010, C254/09 P, *Calvin Klein Trademark Trust/OAMI*, ECLI:EU:C:2010:488, § 53; STJUE 24 marzo 2011, C552/09 P, *Ferrero/OAMI*, ECLI:EU:C:2011:177, §§ 65 y 66.

42. La similitud de los signos en conflicto también es imprescindible para poder aplicar la protección reforzada de la marca que goza de renombre. Recuérdesse que en los casos de marca de renombre no es necesario que concurra riesgo de confusión (para impedir el registro de otra marca o para apreciar la infracción del derecho de exclusiva por medio del uso de signos de terceros). Pero pese a ello es necesario que el público pertinente establezca un vínculo entre la marca y el signo del tercero⁵⁶, lo cual debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores pertinentes en cada caso⁵⁷.

43. Entre esos factores relevantes para apreciar el establecimiento de un vínculo se encuentra el grado de similitud entre las marcas en conflicto; además de otros como la naturaleza y el grado de proximidad o diferenciación de los productos o servicios a los que se aplican, así como el público relevante, la intensidad del renombre de la marca anterior, o la fuerza de su carácter distintivo, bien sea intrínseca o adquirida por el uso⁵⁸. Además, cuando el público percibe el signo exclusivamente como un elemento decorativo, éste no establece, por definición, vínculo alguno con una marca registrada, de forma que no cabrá aplicar la protección conferida a la marca de renombre⁵⁹.

44. Ahora bien, la similitud de signos no solo es un elemento para valorar el vínculo entre los signos, sino que es una condición autónoma exigida por el Derecho europeo de marcas. Es cierto que puede haber similitud de signos y, pese a ello, no existir la vinculación entre ellos necesaria para aplicar la protección reforzada de la marca de renombre⁶⁰. Pero también es verdad que, al venir exigida expresamente en la normativa, si no hay similitud entre los signos no existirá infracción de la marca de renombre, ni tampoco podrá oponerse con éxito al registro de otra marca, sin que pueda basarse la existencia del vínculo en otros factores, como el elevado renombre o la similitud de productos o servicios⁶¹. Y, desde luego, «la notoriedad y el carácter distintivo de la marca anterior no constituyen factores pertinentes para la apreciación de la similitud de las marcas, sino de la existencia de un vínculo entre ellas para el público relevante»⁶².

45. Con todo, la similitud de signos que se exige en el caso de la marca que goza de renombre no es tan intensa como en el supuesto de riesgo de confusión, por lo que puede suceder que la semejanza no sea suficiente para entender que concurre riesgo de confusión, pero sí para que el público interesado pueda establecer un vínculo entre la marca de renombre y la marca del tercero⁶³. Es muy significativo, a este propósito, el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2014,⁶⁴ en la que se entendió que no existía similitud que diera lugar a riesgo de confusión entre el siguiente signo solicitado como marca comunitaria (hoy de la Unión):

⁵⁶ STJCE 23 octubre 2003, C-408/01, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, ECLI:EU:C:2003:582, § 31.

⁵⁷ STJCE 10 abril 2008, C102/07, *Adidas y adidas Benelux*, § 42; STJCE 27 noviembre 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, ECLI:EU:C:2008:655, § 41.

⁵⁸ STJCE 27 noviembre 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, ECLI:EU:C:2008:655, § 42.

⁵⁹ STJCE 23 octubre 2003, C-408/01, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, ECLI:EU:C:2003:582, §§ 40 y 41. Más en detalle, sobre esta cuestión, en mi trabajo precedente: GARCÍA VIDAL, Á, «El uso de una marca renombrada ajena como elemento decorativo [Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 2003 (*Adidas-Salomon AG*, antiguamente *Adidas AG*, *Adidas Benelux BV* y *Fitnessworld Trading Ltd*)]», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor* 24 (2003), pp. 505-526.

⁶⁰ Como se indica en la STJCE 27 noviembre de 2008, C-252/07, *Intel Corporation*, ECLI:EU:C:2008:655, cuanto más similares sean las marcas en conflicto, más probable será que la marca posterior evoque, en la mente del público pertinente, la marca anterior de renombre. Pero «la identidad entre las marcas en conflicto y, a fortiori, su mera similitud, no bastan para apreciar la existencia de un vínculo entre las marcas» (§ 45). Porque «no se puede descartar que el público interesado en los productos o servicios para los que se registró la marca anterior sea completamente distinto del interesado en los productos o servicios para los que se registró la marca posterior, ni que el público al que se dirige la marca posterior no conozca la marca anterior, aun cuando ésta tenga renombre. En tal caso, el público destinatario de cada una de las dos marcas podría no encontrarse nunca frente a la otra, de modo que no establecería ningún vínculo entre ambas» (§ 48).

⁶¹ STJUE 2 septiembre 2010, C254/09 P, *Calvin Klein Trademark Trust/OAMI*, ECLI:EU:C:2010:488, § 53.

⁶² STJUE 24 marzo 2011, C552/09 P, *Ferrero/OAMI*, ECLI:EU:C:2011:177, apartados 58.

⁶³ STJUE 10 diciembre 2015, C-603/14 P, *The English Cut*, ECLI:EU:C:2015:807, § 42.

⁶⁴ STJUE 11 diciembre 2014, T-480/12, *Coca-Cola/OHMI - Mitico (Master)*, ECLI:EU:T:2014:1062, § 74.



y los signos que conforman las siguientes marcas comunitarias previas:

			
Marca nº 8792475	Marca nº 3021086	Marca nº 2117828	Marca nº 2107118

Pero sí se estimó que mediaba un grado de similitud suficiente para que el público pertinente relacione la marca solicitada con las marcas anteriores, estableciendo el vínculo entre ellas necesario para aplicar la protección reforzada de las marcas de renombre.

46. En todo caso, partiendo de esa diferencia de grado o intensidad de la similitud de signos que se requiere, la apreciación de su existencia ha de realizarse conforme a los mismos parámetros, tanto si se trata del supuesto de riesgo de confusión como si se refiere a la hipótesis de protección de la marca de renombre⁶⁵, valorándose globalmente la impresión de conjunto que tales signos dejan en la memoria del público pertinente, teniendo en cuenta, en particular, los elementos distintivos y dominantes, así como las similitudes desde los puntos de vista gráfico, fonético y conceptual⁶⁶.

2. La similitud conceptual y la doctrina de la neutralización

47. Precisamente como una manifestación de la apreciación global de estas facetas, y en relación con la vertiente conceptual, la jurisprudencia europea ha establecido la llamada teoría de la neutralización, que se integra en la apreciación de la similitud de los signos en conflicto tras la evaluación de los grados de similitud en los planos gráfico o visual, fonético y conceptual⁶⁷. Según esta doctrina, las diferencias conceptuales que distinguen las marcas controvertidas pueden neutralizar, en gran medida, las similitudes visuales y fonéticas entre ellas. Se exige para ello que, desde el punto de vista del público pertinente, al menos una de las marcas controvertidas tenga un significado claro y determinado, de forma que ese público pueda captarlo inmediatamente, y que el otro signo no tenga ningún significado o lo tenga claramente distinto. Y todo ello, sin que sea necesario que el signo se refiera a alguna característica de los productos o servicios designados⁶⁸.

⁶⁵ STJUE 24 marzo 2011, C552/09 P, *Ferrero/OAMI*, EU:C:2011:177, § 54.

⁶⁶ Así, en relación con el riesgo de confusión, entre otras muchas, STJCE 11 noviembre 1997, C-251/95, *Sabel*, ECLI:EU:C:1997:52829, § 23; STJCE 29 septiembre 1998, C-39/97, *Canon*, ECLI:EU:C:1998:442, § 16; y STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, § 25. Y a propósito de la marca de renombre, entre otras: STJCE 23 octubre 2003, C-408/01, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, ECLI:EU:C:2003:582, § 28 o STJUE 24 marzo 2011, C552/09 P, *Ferrero/OAMI*, EU:C:2011:177, § 52.

⁶⁷ STJUE 5 octubre 2017, C437/16 P, *Wolf Oil/EUIPO*, EU:C:2017:737, § 44.

⁶⁸ STPI 14 octubre 2003, T-292/01, *BASS*, ECLI:EU:T:2003:264, § 54; STJCE de 12 de enero de 2006, C-361/04 P, *Pi-casso*, ECLI:EU:C:2006:25, § 20; STJCE 23 marzo 2006, C206/04 P, *Mülhens/OAMI*, ECLI:EU:C:2006:194, § 35; STJCE 15 marzo 2007, C171/06 P, *T.I.M.E. ART/OAMI*, ECLI:EU:C:2007:17, § 49; STJCE 18 diciembre 2008, C16/06 P, *Les Éditions Albert René/OAMI*, ECLI:EU:C:2008:739, § 98; STJUE 9 julio 2015, C249/14 P, *Pêra-Grave/OAMI*, ECLI:EU:C:2015:459,

48. Esta jurisprudencia arranca desde la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 14 de octubre de 2003, en la que se aplicó para negar la similitud de los signos BASS y PASS, toda vez que el signo denominativo BASS tiene un significado claro para el público relevante, al entender el tribunal que evoca la voz de un cantante o bien un instrumento musical, mientras que el signo denominativo PASH, suponiendo que el público pertinente le dé un significado claro y determinado, puede asociarse a la palabra alemana «Pash» que designa un juego de dados⁶⁹.

49. En aplicación de esta teoría se ha entendido, por ejemplo, que no existe similitud entre los signos CHAMPION y CHEMPIOL⁷⁰, ni entre los signos IDEA e IKEA⁷¹, en la medida en que «idea» y «champion» poseen un significado semántico claro y específico para el público relevante.

50. En cambio, no cabe aplicar la doctrina de la neutralización cuando ninguno de los términos en conflicto tiene un significado claro y preciso para el conjunto del público relevante, sin que baste con que lo tenga solo para una parte de dicho público. Por eso se han considerado similares, por ejemplo, los signos VENN y VENUS, porque solo una parte del público relevante entenderá que el segundo alude a la diosa Venus, mientras que para otra parte es un término de fantasía⁷². Y tampoco bastará con que el término tenga un significado evocativo o sugestivo o tenga varios significados posibles, porque en tal caso el significado no se capta directamente. Ello explica, por ejemplo, que no exista una diferencia conceptual neutralizadora de la similitud de los signos MUNDICOR y MUNDICOLOR⁷³ (porque pese a su carácter evocador, el segundo término no tiene un significado preciso), ni de los signos MONSTER ROCK y MONSTERS OF ROCK (porque la palabra «monster» es ambigua, pudiendo referirse a una criatura aterradora o a un cierto concepto de excelencia⁷⁴). De igual modo, tampoco es suficiente con que uno de los términos tenga un significado claro en un idioma que el público relevante no entiende (porque entonces éste no captará su significado). Por eso tampoco se ha aplicado la doctrina de la neutralización en la comparación de los signos SEIKOH GIVEN y SEIKO (porque «Seiko» no significa nada en ninguna de las lenguas de la Unión Europea, pese a que es un apellido japonés)⁷⁵. Finalmente, cuando ambos signos en conflicto tengan un significado claro y preciso no opera la neutralización de la similitud de los signos si el significado no es lo suficientemente dispar.

51. A propósito de la doctrina de la neutralización debe examinarse si tiene alguna relevancia en su aplicación el hecho de que, en determinados sectores, como consecuencia de las modalidades de comercialización de los productos o servicios distinguidos con las marcas, el público preste más atención a los elementos gráficos. Tal sucede, por ejemplo, en el sector de la vestimenta, el calzado y los accesorios, donde lo habitual es que los consumidores elijan los productos después de verlos, lo que hace que

§ 39. Como destacó en su día el maestro C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, esta jurisprudencia supone la antítesis de la posición sostenida tradicionalmente en España por la Sala de lo c-administrativo del Tribunal Supremo, que entendía la dimensión conceptual de la marca como un mero criterio complementario: C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, «El acentuado relieve de la dimensión conceptual de una marca», en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA/Á. GARCÍA VIDAL/J. FRAMINÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas (2006). Comentarios, recopilación y extractos sistematizados*, Comares, Granada, 2008, pp. 51- 56 (56). Por otra parte, aunque en varias sentencias al aplicar la doctrina de la neutralización se insiste, además de en las diferencias conceptuales, en las diferencias gráficas existentes, eso solo se hace para corroborar la diferenciación conceptual. Y, como afirma A. STEINBECK [«Die Reichweite der Neutralisierungstheorie», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 4/2015, pp. 404-410 (407 ss)] la neutralización de las similitudes no se produce únicamente por las diferencias gráficas. Así se constata, por ejemplo, en la STPI 3 marzo 2004, T-335/02, *Mülhens/OHMI - Zirh International (ZIRH)*, ECLI:EU:T:2004:62, § 42 -confirmada por STJCE 23 marzo 2006, ya citada- que acudió a las diferencias conceptuales entre los signos SIR y ZIRH, y adicionalmente a las visuales, para neutralizar su similitud fonética.

⁶⁹ STPI 14 octubre 2003, T-292/01, *BASS*, ECLI:EU:T:2003:264, § 53.

⁷⁰ STJUE 5 octubre 2017, C437/16 P, *Wolf Oil/EUIPO*, EU:C:2017:737, § 47.

⁷¹ STPI 16 enero 2008, T112/06, *Inter-Ikea v OHMI - Waibel (idea)*, I ECLI:EU:T:2008:10, §§ 77 y 78.

⁷² Resolución de la Quinta Sala de Recurso de la EUIPO 4 septiembre 2019, asunto R 2285/2018-5.

⁷³ STPI 17 marzo 2004, T-183/02 y T-184/02, *El Corte Inglés v OHMI - González Cabello (MUNDICOR)*, ECLI:EU:T:2004:79, § 95.

⁷⁴ STGUE 23 noviembre 2011, T216/10, *Monster Cable Products, Inc.*, ECLI:EU:T:2011:691, § 45.

⁷⁵ STGUE 13 junio 2012, T519/10, *Seikoh Giken/OHMI - Seiko Holdings (SG SEIKOH GIKEN)*, ECLI:EU:T:2012:291, § 33.

la percepción visual de las marcas en cuestión se produzca generalmente antes de la compra. El aspecto visual es, por ese motivo, de mayor importancia en la apreciación global del riesgo de confusión. Y ello sigue siendo así en los casos de venta *on line* o por catálogo⁷⁶.

52. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que las particulares condiciones de comercialización no son una circunstancia que haya de ser apreciada al realizar la comparación de signos en conflicto, sino en la fase posterior de la valoración global de la existencia de riesgo de confusión. Porque, de lo contrario, «la toma en consideración de las condiciones en las que se comercializan los productos o servicios cubiertos por dos signos en conflicto a efectos de la comparación de tales signos podría llevar al resultado absurdo de poder calificarlos de similares o de diferentes en función de los productos y de los servicios cubiertos por ellos y de las condiciones en las que estos últimos se comercializan»⁷⁷.

53. Por lo demás, la neutralización puede determinar que los signos no sean similares de ningún modo, o solo que no sean similares hasta el punto de determinar riesgo de confusión. Ya se ha dicho que en materia de marcas de renombre la similitud exigida es menor, por lo que puede suceder que las diferencias conceptuales entre los signos sean suficientes para excluir su similitud a efectos del riesgo de confusión, pero que dichas diferencias conceptuales no eviten que los consumidores establezcan un vínculo o asociación entre los signos que permita acudir a los supuestos de protección de la marca de renombre⁷⁸.

3. La celebridad del personaje y la neutralización de la similitud de signos

54. La doctrina de la neutralización de las similitudes gráficas y fonéticas como consecuencia de las diferencias conceptuales de los signos ha encontrado un campo fértil de aplicación, no solo cuando una de las marcas está integrada por una palabra con un significado claro y preciso en el diccionario, sino también cuando está compuesta por el nombre de una celebridad. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han conocido de varios casos, donde han ido afrontando diferentes perspectivas de la cuestión.

A) El caso *Picasso*

55. El caso *Picasso* –al que antes ya nos hemos referido– es el primero en el que el Tribunal de Justicia atiende a la fama y conocimiento de un personaje para contrarrestar las similitudes visuales y fonéticas entre los signos en conflicto, reconociendo el Tribunal de Justicia que el Tribunal de Primera Instancia actuó correctamente al considerar que el signo denominativo PICASSO tiene un contenido semántico claro y determinado⁷⁹.

56. Es importante destacar que en este caso lo relevante no es el conocimiento del signo como marca, sino la notoriedad, renombre o celebridad de la persona cuyo nombre conforma la marca. En este tipo de supuestos pudiera suceder que la marca fuese tan conocida como tal, esto es, como distintivo de un determinado tipo de productos o servicios, que el público al verla, en lugar de pensar en el personaje cuyo nombre

⁷⁶ STPI 6 octubre 2004, T-117/03, T-118/03, T-119/03, T-171/03, *NLCollection*, ECLI:EU:T:2004:293, § 50 y STGUE 18 mayo 2011, T-502/07, *IIC/OHMI - McKenzie (McKENZIE)*, ECLI:EU:T:2011:223, § 50.

⁷⁷ STJCE 4 marzo 2020, C328/18 P, *EUIPO/Equivalenza Manufactory*, ECLI:EU:C:2020:156, § 72.

⁷⁸ Así lo destaca M. BOHACZEWSKI, *Special Protection of Trade Marks with a Reputation under European Union Law*, cit., pp. 79 y 116, quien pone el ejemplo el caso resuelto por el Tribunal de apelación de París en su Sentencia de 11 de mayo de 2007 (caso 05/21446) en el que se entendió que no habría riesgo de confusión entre la marca RICARD y los signos que se burlaban de ella SMICARD y RINGARD, para los mismos productos, porque Ricard es un nombre que tiene un claro significado, mientras que los otros signos no, neutralizándose así la similitudes a efectos del riesgo de confusión. Sin embargo, se apreció que las diferencias conceptuales no eran de tal grado que evitasen que los consumidores asociasen los signos controvertidos con la marca, dando lugar al establecimiento del vínculo necesario a efectos de la protección de la marca de renombre.

⁷⁹ *Vid.* STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25, § 20 y STPI 22 junio 2004, T-185/02, *Picasso*, ECLI:EU:T:2004:189, §§ 57 y 58.

compone la marca, pensase en los correspondientes productos o servicios. Si eso sucediese el público ya no establecería un vínculo con un determinado personaje y no cabría aplicar la doctrina de la neutralización.

57. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia, con el refrendo del Tribunal de Justicia, negó que se diera esa hipótesis, afirmando que «la relevancia del significado del signo a efectos de la apreciación del riesgo de confusión no se ve afectada, en el presente caso, por el hecho de que este significado no tenga relación con los productos en cuestión. En efecto, la reputación del pintor Pablo Picasso es tal que no cabe considerar, a falta de indicios concretos en sentido contrario, que el signo PICASSO, como marca de vehículos, pueda superponerse, en la percepción del consumidor medio, al nombre del pintor de modo que dicho consumidor, ante el signo PICASSO en el contexto de los productos de que se trata, haga en adelante abstracción del significado del signo como nombre del pintor y lo perciba principalmente como una marca, entre otras cosas, de vehículos»⁸⁰.

58. Esta interpretación ha merecido las críticas de algún sector doctrinal, que se ha preguntado, precisamente al hilo del caso *Picasso*, si en verdad queremos un sistema europeo de marcas que haga depender la existencia de riesgo de confusión entre PICASSO y PICARO del hecho de que el público piense en Picasso como pintor o como autobús, argumentando además que de este modo se juzga sobre el riesgo de confusión en el futuro a la luz de lo que ha ocurrido en el pasado⁸¹. No obstante, no puede obviarse que la relevancia de la percepción del público a este respecto es, efectivamente, determinante. Piénsese, si no, en uno de los ejemplos que pone el propio Abogado General del caso *Picasso*⁸². Hoy en día un consumidor medio cuando ve la marca Opel piensa en una marca y no la concibe como lo que inicialmente era, el apellido del ingeniero Adam Opel. En su momento, el público podría vincular el signo Opel con una persona, y ser de aplicación la doctrina de la neutralización. Pero hoy la percepción del público ha cambiado, por lo que no habrá un significado directo e inmediato de dicho término, más allá de que el público identifique el término con una marca registrada.

B) La aplicación de la doctrina de la neutralización a los personajes famosos de ficción: el caso *Obelix*

59. La interpretación que tiene en cuenta la fama del personaje para neutralizar las similitudes entre los signos es aplicada con posterioridad a casos en los que la marca incluye o consiste en el nombre de personajes célebres de ficción.

60. Así lo hace, por ejemplo, la Sala Segunda de Recurso de la OAMI (hoy EUIPO) en su Resolución de 28 de junio de 2007⁸³, al comparar las marcas previas «MAN» con la solicitud de marca «SUPERMAN», destacando que Superman es particularmente conocido entre el público relevante como el nombre de un superhéroe, y que «is one of the most famous, perhaps even the most famous, of various ‘superheroes’, whose adventures have been read about in comics and followed in films and television for decades by both children and adults all around the world»⁸⁴. Por tal razón, se entiende que no existe similitud entre los signos en conflicto.

61. Posteriormente, esta extensión de la doctrina de la neutralización a los personajes de ficción es confirmada por el Tribunal de Justicia. Tal sucede en la Sentencia de 18 de diciembre de 2008⁸⁵, en la que confirma la interpretación del Tribunal de Primera Instancia⁸⁶, considerando que no existía similitud entre el signo anterior OBELIX y el posterior MOBILIX, porque, aunque las palabras «mobilix» y «obe-

⁸⁰ STPI 22 junio 2004, T-185/02, *Picasso*, ECLI:EU:T:2004:189, § 57.

⁸¹ J. PHILLIPS, «String trade marks and the likelihood of confusion in European law», cit., p. 396.

⁸² Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:531, § 69.

⁸³ Caso R 235/2006-2.

⁸⁴ § 24 de la resolución.

⁸⁵ STJCE 18 diciembre 2008, C16/06 P, *Les Éditions Albert René/OAMI*, ECLI:EU:C:2008:739, § 98.

⁸⁶ STPI 27 octubre 2005, T336/03, *Les Éditions Albert René/OAMI – Orange (MOBILIX)*, ECLI:EU:T:2005:379.

lix» no tienen ningún significado semántico en ninguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, el término «obelix» será identificado sin dificultad por el público medio con el personaje corpulento de la conocida serie de cómics Astérix y Obélix. Y según el tribunal, «esta representación concreta de un personaje popular hace que sea muy improbable la confusión conceptual por parte del público con unos términos más o menos parecidos»⁸⁷.

C) Cuestiones abiertas tras el caso *Picasso*: el caso *Barbara Becker*

62. En el caso *Picasso* (al igual que en el caso *Obelix*), la marca compuesta por el nombre de una celebridad era la marca anterior ya registrada, que se oponía a la solicitud de una marca posterior. Por eso, tras las citadas sentencias del Tribunal de Justicia permanecía la duda de si la teoría de la neutralización también sería aplicable en caso de que el supuesto fuese inverso, es decir, si también se aplicaría cuando, existiendo ya una marca previa, se solicita como marca un signo compuesto por el nombre de una celebridad.

63. Cuando se trata de atender a la notoriedad o renombre de una marca, esto es, al conocimiento de un signo como tal marca, el Tribunal de Justicia dejó claro en su Sentencia de 3 de septiembre de 2009, *Aceites del Sur-Coosur/Koipe*⁸⁸, que solo puede considerarse el renombre de la marca prioritaria, pero no el del signo cuya solicitud como marca se presenta con posterioridad.

64. Sin embargo, y como ya se ha indicado, cosa distinta a la percepción de la marca posterior como tal marca es la percepción del signo que conforma la marca, lo que hace que, si está compuesto por el nombre de una persona famosa, esa circunstancia pueda ser determinante también en la comparación de signos en conflicto.

65. De hecho, tras la sentencia *Picasso*, la Oficina europea aplica su doctrina a supuestos en los que la marca que reproduce el nombre de la celebridad es la marca posterior cuyo registro se solicita. Así sucede, por ejemplo, en la Resolución de la Primera Sala de Recurso de 5 de octubre de 2006⁸⁹, en relación con la solicitud de registro de la siguiente marca figurativa



para distinguir diversos productos comprendidos en las clases 25, 29 y 33 del nomenclátor internacional, a la que se opuso el titular de las marcas denominativas «DE BANDERA», «DE BANDERA OLOROSO» y «DE BANDERA FINO», registradas para bebidas alcohólicas de la clase 33. En este caso, se entendió que no existía similitud entre los signos porque «desde un punto de vista conceptual, si se comparan los elementos “BanderaS” y “DE BANDERA”»: resulta evidente que “BanderaS” evoca en el consumidor medio al célebre actor cuyo nombre completo aparece a continuación en la marca comunitaria solicitada, mientras que “DE BANDERA” carece de contenido semántico o evoca a los consumidores de habla española el concepto de “excelencia” o “de elevada calidad”⁹⁰. Y se añade que «para el público relevante, la marca solicitada tiene un contenido semántico claro y determinado. En efecto, la reputación del actor An-

⁸⁷ Así, también en la STPI de 22 de octubre de 2003, *Editions Albert René v OHMI - Trucco (Starix)*, T-311/01, ECLI:EU:T:2003:280, § 58.

⁸⁸ STJCE 3 septiembre 2009, C-498/07 P, *Aceites del Sur-Coosur/Koipe*, ECLI:EU:C:2009:503, § 84.

⁸⁹ Asunto R 240/2006-1, corregida el 29 de noviembre de 2006.

⁹⁰ § 28.

tonio Banderas es tal que el consumidor medio que presta atención a la etiqueta de un vino o examina las marcas más de cerca al comprar, será capaz de distinguir el origen de los vinos distinguidos por las marcas opuestas. El consumidor de las bebidas distinguidas por la marca solicitada pensará inmediatamente en el famoso actor ANTONIO BANDERAS, y no verá en la adición final de la letra “S” una indicación del plural del término “BANDERA”. Así, los signos son distintos en el plano conceptual»⁹¹.

66. Posteriormente, el Tribunal de Justicia se ocupa de esta problemática en su Sentencia de 24 de junio de 2010⁹², en un asunto en el que se juzgaba el riesgo de confusión entre la marca denominativa anterior BECKER y la marca BARBARA BECKER, cuyo registro se solicita, y que alude a la esposa de un conocido tenista de hace unos años, Boris Becker. Pues bien, frente a la posición del Tribunal de Primera Instancia, que entendió que el hecho de que la Sra. Becker fuera famosa en Alemania en modo alguno influía en la semejanza de las marcas en pugna, el Tribunal de Justicia consideró que «debe tenerse en cuenta la posible notoriedad de la persona que solicita que su nombre y su apellido se registren conjuntamente como marca, en la medida en que tal notoriedad puede evidentemente influir en la percepción de la marca por el público pertinente»⁹³.

67. Ahora bien, cuando la combinación de nombre y apellido no identifica a una persona conocida para el público relevante, no cabrá aplicar la doctrina de la neutralización, porque el público no vinculará el nombre con una determinada persona. Por ello, la solicitud de una marca incluyendo un nombre o un apellido ya registrado puede dar lugar a la existencia de similitud de signos. Es relevante, en este sentido, el caso resuelto por el Tribunal General en su Sentencia de 15 de septiembre de 2016⁹⁴, en el que se presentó una solicitud de registro como marca de la Unión Europea del siguiente signo



para distinguir, entre otros productos, prendas de vestir, zapatos, jabones y cosméticos, a lo que se opuso el titular de las marcas denominativas NINA RICCI y RICCI para distinguir perfumes y productos de limpieza, entre otros. Pues bien, el Tribunal General entendió que los signos en conflicto son conceptualmente similares, porque ambos aluden a un nombre⁹⁵ (sin que ninguno de ellos –cabe añadir– se refiera a un personaje famoso, lo que podría determinar una divergencia conceptual, que no concurre en el caso).

68. Más clara aún es la Sentencia del Tribunal General de 3 de junio de 2015⁹⁶, a propósito de la solicitud como marca de la Unión para distinguir, entre otros productos, jabones, cosméticos y dentífricos, del siguiente signo

⁹¹ § 30.

⁹² STJUE 24 junio 2010, C-51/09 P, *Barbara Becker v Harman International Industries Inc.*, ECLI:EU:C:2010:368.

⁹³ STJUE 24 junio 2010, C-51/09 P, *Barbara Becker v Harman International Industries Inc.*, ECLI:EU:C:2010:368, § 37.

⁹⁴ STGUE 15 septiembre 2016, T358/15, *Arrom Conseil v EUIPO - Puig France (Roméo has a Gun by Romano Ricci)*, ECLI:EU:T:2016:490.

⁹⁵ § 46 de la sentencia: «As regards the conceptual comparison, it is necessary to uphold the finding made by the Board of Appeal in paragraph 35 of the contested decision that consumers who understand English would perceive the mark applied for as containing a reference to the person Romano Ricci, who is the author of the creative work ‘Roméo has a Gun’. That meaning is conveyed by the preposition ‘by’, used in English to designate the person who is the proprietor of a creative work. Furthermore, the title of a work is presented before the name of the person and is given greater importance, as in the present case, with larger letters and a decoration surrounding the title. It follows that the marks are conceptually similar for the relevant public, who also perceive the earlier mark RICCI as a name».

⁹⁶ STGUE 3 junio 2015, T559/13, *GIOVANNI GALLI*, ECLI:EU:T:2015:353.



GIOVANNI GALLI

con la oposición de la marca previa denominativa de la Unión GIOVANNI, para jabones y champú, entre otros productos. En esta sentencia, tras recordar la jurisprudencia sobre la neutralización de las similitudes como consecuencia de las diferencias conceptuales, se niega su aplicación porque el elemento «Giovanni Galli» carece de un significado claro y específico para el público relevante y se afirma que⁹⁷ «it is true that element, like any combination of a first name and a surname, is capable of referring to a person. However, the capacity to refer to any person (including unknown or fictional persons) cannot be termed a ‘clear and specific’ meaning. The relevant public may consider, when faced with the mark applied for, that the name Giovanni Galli corresponds to the name of a real, but unknown, person, or that it corresponds to a fictional person. In the perfume sector, the public may also think that Giovanni Galli is the real name or pseudonym of the creator of the perfume concerned. The meaning of that element of the mark applied for is therefore so vague that it cannot be termed a clear and specific meaning which can be grasped immediately by the relevant public». Y se termina destacando que, a diferencia de lo que sucedió en el caso *Picasso*, «the name Giovanni Galli does not correspond to the name of a famous person»⁹⁸.

D) El caso *Messi*

69. Tras las referidas sentencias dictadas en la primera década del siglo XXI, en la Sentencia de 17 de septiembre de 2020, en el caso *Messi*⁹⁹, el Tribunal de Justicia se ha ocupado de nuevo de la problemática de la aplicación a las marcas patronímicas de personas famosas de la doctrina de la neutralización de las similitudes entre signos como consecuencia de las diferencias conceptuales.

70. Este asunto versó sobre la solicitud de la marca mixta integrada por el siguiente signo



como marca de la Unión para distinguir prendas de vestir, calzados y artículos de sombrerería (clase 25 del nomenclátor), artículos de gimnasia y deporte no comprendidos en otras clases (clase 28) y aparatos e instrumentos de salvamento (clase 9). La solicitud fue presentada por Lionel Messi Cuccitini, conocido por ser jugador de balompié.

71. Ante esta solicitud se presentó una oposición por el titular de dos marcas denominativas de la Unión previas, compuestas por el signo MASSI, para distinguir, respectivamente prendas de

⁹⁷ STGUE 3 junio 2015, T559/13, *GIOVANNI GALLI*, ECLI:EU:T:2015:353, § 96

⁹⁸ STGUE 3 junio 2015, T559/13, *GIOVANNI GALLI*, ECLI:EU:T:2015:353, § 97. La práctica de la EUIPO ofrece casos en los que se aplica los mismos criterios como las resoluciones de la Segunda Sala de Recurso de 27 de junio de 2019, R 23/2017-2, *MADELEINE VRAMANT* y de 31 de agosto de 2016, R 391/2016-2, *JULIETTE / JULIETTE CROW*.

⁹⁹ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722.

vestir, calzados y artículos de sombrerería para la práctica del deporte (clase 25), cascos para ciclistas, trajes y dispositivos de protección contra los accidentes (clase 9) y guantes para bicicleta, refuerzos protectores para hombros, codos y rodillas (clase 28). La División de oposición de la EUIPO estimó íntegramente la oposición y la Primera Sala de Recurso desestimó el recurso presentado, argumentando –entre otros extremos- que los signos que conforman las marcas previas y la marca solicitada eran similares porque sus elementos dominantes «massi» y «messi» son prácticamente idénticos en los planos visual y fonético, y solo una parte del público pertinente percibiría, en su caso, una eventual diferencia conceptual.

72. En cambio, el Tribunal General – en su Sentencia de 26 de abril de 2018¹⁰⁰- anuló la resolución de la Sala de Recurso y consideró que no existía riesgo de confusión, porque los signos no serían similares, dado que las diferencias conceptuales existentes entre los signos son tales que neutralizan las similitudes visuales y fonéticas. Según el Tribunal General, la Sala de Recurso hubiese tenido en cuenta la notoriedad del apellido Messi, en cuanto apellido del jugador de fútbol de fama mundial y en cuanto personaje público, debería haber concluido que en el plano conceptual el término «messi» se diferencia claramente del término «massi», que por su sonoridad remite a la lengua italiana, pero que salvo en esta lengua, en la que podría traducirse como «peñasco o roca», carece de significado¹⁰¹.

73. En el recurso de casación presentado contra la sentencia del Tribunal General, se alegó que esta interpretación, aplicando la doctrina de la neutralización a los casos en que un personaje famoso solicita su nombre como marca, implicaría que «todas las personas célebres tienen derecho a registrar automáticamente su apellido como marca, con independencia de que existan marcas anteriores prácticamente idénticas»¹⁰². Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechaza el recurso y considera acertado el proceder del Tribunal General, que consideró fundadamente que la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini constituía un factor pertinente para establecer una diferencia en el plano conceptual entre el término «messi» y el término «massi»¹⁰³.

74. De este modo, el Tribunal de Justicia deja claramente sentado que es posible tener en cuenta la notoriedad de la persona cuyo nombre se solicita como marca, por lo que «no cabe sostener que la existencia de una marca notoria anterior invocada al formular oposición constituya un requisito de aplicación de la jurisprudencia sobre la doctrina de la neutralización»¹⁰⁴.

E) El caso *Miley Cyrus*

75. Tras la sentencia del caso *Messi*, el Tribunal General ha afrontado un nuevo asunto en el que estaba en juego el impacto de la celebridad de un personaje al valorar la existencia de riesgo de confusión entre marcas. Así lo ha hecho en su Sentencia de 16 de junio de 2021, en el caso *Miley Cyrus*¹⁰⁵.

76. Presentada la solicitud de marca denominativa de la Unión MILEY CYRUS para distinguir una larga lista de productos y de servicios de las clases 9, 16, 28 y 41, se formula una oposición por el titular de la marca previa figurativa de la Unión



¹⁰⁰ STGUE 26 abril 2018, T-554/14, *Messi*, ECLI:EU:T:2018:230.

¹⁰¹ STGUE 26 abril 2018, T-554/14, *Messi*, ECLI:EU:T:2018:230, § 62.

¹⁰² STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 40.

¹⁰³ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 48.

¹⁰⁴ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 84.

¹⁰⁵ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372.

registrada para productos de las clases 9 y 20. La División de oposición de la EUIPO estima la oposición¹⁰⁶ y la Cuarta Sala de Recurso confirma la decisión¹⁰⁷, entendiendo que concurre riesgo de confusión para el público relevante de habla inglesa. No obstante, el Tribunal General anula la Resolución de la Sala de Recurso negando que exista riesgo de confusión.

77. El Tribunal General no considera adecuada la apreciación de la EUIPO, que entendió que el elemento «miley» en la marca solicitada sería percibido como un elemento menos dominante que el apellido «cyrus». Y a este respecto, pone de manifiesto, entre otros extremos, que, aunque en determinadas partes de la Unión los apellidos tienen un mayor carácter distintivo que los nombres, debe atenderse a las particularidades del caso concreto, analizando si el apellido es inusual o muy común, o si la combinación del nombre y apellido se refieren a una persona conocida. Y en el presente caso, ni el nombre Miley ni el apellido Cyrus son comunes. Y, además, su combinación alude a una persona conocida (una famosa cantante y actriz estadounidense).

78. Sobre esta base, el Tribunal General entiende que no existe similitud entre los signos en conflicto. Aunque reconoce que media una similitud visual y fonética, considera que queda neutralizada por las diferencias conceptuales.

79. Al realizar la comparación conceptual de los signos en conflicto, la Sala de Recurso de la EUIPO estimó que el hecho de que el signo MILEY CYRUS corresponda al nombre de una famosa cantante, compositora y actriz estadounidense no es un «significado» en el sentido de una comparación conceptual de las marcas¹⁰⁸. Sin embargo, el Tribunal General recuerda¹⁰⁹ que es posible una comparación conceptual de los signos «where the first name or the surname in question has become the symbol of a concept, due, for example, to the celebrity of the person carrying that first name or surname, or where that first name or that surname has a clear and immediately recognisable semantic content»¹¹⁰. Y eso es lo que, a su juicio, sucede en el caso concreto, dada la celebridad de Miley Cyrus¹¹¹. En cambio, la marca prioritaria CYRUS no tendría, a juicio del Tribunal General, ningún significado para el público relevante, porque la actriz y cantante no ha usado nunca el nombre aislado CYRUS durante su carrera, por lo que el público no lo asocia con la celebridad.

80. Así las cosas, teniendo uno de los signos en conflicto un significado claro y preciso (aludiendo a la famosa cantante y actriz) y careciendo el otro signo de él, el Tribunal General aplica la jurisprudencia sobre la neutralización conceptual del resto de similitudes entre los signos y considera que no concurre el requisito de la similitud de signos, imprescindible para que medie riesgo de confusión.

4. El grado de celebridad necesario y los problemas de prueba

81. El hecho de que la fama de las celebridades cuyos nombres conforman las marcas sea una circunstancia relevante al apreciar la similitud de los signos en conflicto, con la consiguiente importan-

¹⁰⁶ Resolución 30 octubre 2018, caso 2404781.

¹⁰⁷ Resolución 2 abril 2020, R2520/2018-4.

¹⁰⁸ Según el apartado 21 de la resolución: «The fact that the contested sign ‘MILEY CYRUS’ corresponds to the name of a famous American singer, songwriter and actress is not a ‘meaning’ in the sense of a conceptual comparison of the marks. As the goods and services in question target the public at large, it is probable that a significant part of the public will not make this connection when confronted with the goods and services at hand. Even if these assumptions are not to be met and a part of the relevant public were to perceive the signs as a name, no meaning can be attributed to them. There exists no such thing as a ‘MILEY’, a ‘CYRUS’ or even a ‘MILEY CYRUS’».

¹⁰⁹ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372, § 54.

¹¹⁰ Así, anteriormente: STGUE 18 mayo 2011, T502/07, *IIC v OHIM — McKenzie (McKENZIE)*, ECLI:EU:T:2011:223, § 40; STGUE 8 mayo 2014, T38/13, *Pedro Group v OHIM — Cortefiel (PEDRO)*, ECLI:EU:T:2014:241, §§ 71 a 73; STGUE 11 julio 2018, T707/16, *ANTONIO RUBINI*, ECLI:EU:T:2018:424, § 65 y STGUE 27 junio 2019, T268/18, *Luciano Sandrone*, ECLI:EU:T:2019:452, § 86-

¹¹¹ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372, § 56-

cia en la comprobación de la existencia de riesgo de confusión o de la protección reforzada de las marcas de renombre, genera ulteriores problemas jurídicos. Hay que determinar, así, cuál ha de ser el ámbito que debe tener dicha fama, tanto desde un punto de vista subjetivo como territorial, para poder aplicar la doctrina de la neutralización; si dicha fama es una cuestión de hecho o de derecho, y, en su caso, si debe ser objeto de prueba o puede ser apreciada de oficio por la correspondiente oficina de propiedad industrial o tribunal.

A) El ámbito subjetivo y geográfico de la fama

82. Para tener en cuenta la notoriedad y fama de los personajes, aplicando la doctrina de la neutralización en la comparación entre signos, no es necesario que el correspondiente personaje sea conocido por la generalidad del público, bastando con que lo sea por el público interesado en los correspondientes productos o servicios distinguidos con las marcas en cuestión. Como ha recordado el Tribunal de Justicia en la sentencia *Messi*, la posibilidad de aplicar la jurisprudencia sobre la neutralización «depende de la apreciación de las diferencias conceptuales entre los signos de que se trate en función de la percepción que tenga de ellos el público pertinente en cada caso»¹¹². Y por eso el Tribunal considera absolutamente irrelevante que el público pertinente en el caso *Picasso* fuese distinto del público pertinente en el asunto *Messi*.

83. Por otro lado, es muy importante tener presente que la aplicación de la doctrina de la neutralización requiere que todo el público pertinente de los productos o servicios en cuestión vincule el nombre con la correspondiente celebridad, o, al menos, que la parte que no lo haga sea insignificante. Ello es debido a que, como ya se ha recordado, basta con que una parte del público relevante no comprenda el significado de un término, de modo claro y directo, para que no pueda aplicarse la doctrina de la neutralización. En este sentido, cabe citar, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2014¹¹³, en la que se entendió inaplicable la doctrina de la neutralización conceptual para contrarrestar las similitudes visuales y sonoras entre los signos GLAMOUR y TUDOR GLAMOUR. Según el tribunal¹¹⁴, una parte del público relevante con un dominio del inglés y un conocimiento profundo de la historia inglesa percibe las marcas en cuestión como conceptualmente diferentes, porque la palabra «glamour» se refiere a esplendor y prestigio, mientras que la palabra «tudor» alude a una dinastía que reinó en Inglaterra durante los siglos XV y XVI. En cambio, para otra parte del público relevante que solo tiene algún conocimiento del inglés, pero ningún conocimiento de la historia inglesa, la palabra «tudor» no tiene un significado específico, pero sí la palabra «glamour», ya que es una palabra inglesa que se usa ampliamente, por lo que para esa parte del público destinatario puede considerarse que la palabra «glamour», común a los signos controvertidos, confiere cierto grado de similitud conceptual entre ellos. Finalmente, ni la palabra «tudor» ni la palabra «glamour» tendrán ningún significado para la parte no despreciable del público relevante que no tiene conocimientos de inglés o de historia inglesa. En consecuencia, no es posible una comparación conceptual de los signos controvertidos con respecto a esa parte del público destinatario, lo que impide negar que se trata de signos similares.

84. La necesidad de atender a la percepción de las marcas por la totalidad del público pertinente fue una de las cuestiones que se discutieron ante el Tribunal de Justicia en el caso *Messi*. Porque, en efecto, la EUIPO argumentó que el Tribunal General habría descartado la existencia de un riesgo de confusión únicamente sobre la base de la percepción de una parte significativa del público pertinente, obviando que otra parte significativa de dicho público – que puede ser menor, pero no insignificante – desconoce quién es Messi.

¹¹² STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 88.

¹¹³ STGUE 4 julio 2014, T1/13, *GLAMOUR*, ECLI:EU:T:2014:615.

¹¹⁴ STGUE 4 julio 2014, T1/13, *GLAMOUR*, ECLI:EU:T:2014:615, §§ 32 a 35.

85. Pues bien, el Tribunal de Justicia¹¹⁵ confirma que el Tribunal General apreció que sería solo una parte desdeñable del público pertinente la que no asociaría directamente el término «messi» al apellido del célebre jugador de fútbol. Recuerda el Tribunal de Justicia que el Tribunal General consideró que, «si bien era posible que algunos consumidores nunca hubieran oído hablar del Sr. Messi Cuccittini o no recordaran haberlo hecho, no se trataría del consumidor medio normalmente atento, informado y perspicaz que compra artículos o prendas de vestir deportivos». Por lo tanto, «la consideración de que la fama del jugador de fútbol Messi es tal que no resulta plausible pensar que, en ausencia de indicios concretos que indiquen lo contrario, el consumidor medio, ante el signo MESSI como marca de prendas de vestir, artículos de gimnasia o de deporte y aparatos e instrumentos de protección, se abstraiga del significado del signo como apellido del célebre jugador de fútbol y lo perciba únicamente como una marca más, entre otras, de ese tipo de productos»¹¹⁶.

86. Por lo demás, tratándose de marcas de la Unión Europea se hace preciso establecer si es preciso el conocimiento de la persona cuyo nombre conforma la marca por parte del público pertinente en cuestión en todo el territorio de la Unión o si basta con que lo sea en alguno o algunos Estados miembros. Esta es una pregunta de extraordinaria importancia, porque en la práctica, además de personas mundialmente famosas, lo que hay es muchas personas conocidas solo en un determinado Estado. Piénsese, por ejemplo, en una presentadora de televisión, que por cuota de pantalla conozca la generalidad de la población de un determinado país, pero que es desconocida por la población de otros Estados, donde no se emiten sus programas.

87. Pues bien, en estos supuestos la fama de los personajes podrá neutralizar las similitudes gráficas y fonéticas de los signos en conflicto únicamente en el Estado o Estados de la Unión Europea en los que el personaje sea una celebridad, pero no en los demás. Porque en esos otros Estados el nombre en cuestión no se vinculará con una determinada persona y, por lo tanto, no tendrá un significado claro y determinado. Y la consecuencia de todo ello será que, en esos otros Estados, para los consumidores no habrá diferencias conceptuales que puedan neutralizar las similitudes gráficas y fonéticas, por lo que los signos en conflicto serán similares, lo que puede dar lugar a que, si se cumplen las demás condiciones legalmente exigidas, exista riesgo de confusión entre el público o proceda la aplicación del supuesto de la protección reforzada de la marca de renombre. Y, como ya se ha recordado, tratándose de marcas de la Unión Europea basta con que exista el riesgo de confusión o se den las condiciones de protección ampliada de las marcas de renombre en una parte de la Unión. Por ello, en caso de marcas de la UE, para aplicar la doctrina de la neutralización no será suficiente que el nombre se vincule con un personaje famoso únicamente para el público pertinente de una parte de la Unión, porque para el público pertinente del resto de la Unión los signos serán similares, al no haber diferencias conceptuales.

B) La fama es una cuestión de hecho que puede no necesitar prueba

88. Una vez determinadas las implicaciones de la fama para la aplicación de la doctrina de la neutralización es importante notar que dicha fama es una cuestión de hecho. Y, de modo paralelo, la aplicación de la doctrina de la neutralización es también es una apreciación fáctica realizada por la correspondiente oficina de propiedad industrial o tribunal. Así lo ha reconocido en repetidas ocasiones el Tribunal de Justicia para poner de manifiesto que, salvo en el caso de que se haya producido una desnaturalización, no se trata de una cuestión de Derecho sujeta como tal al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación¹¹⁷.

¹¹⁵ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 35.

¹¹⁶ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 36.

¹¹⁷ STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25, § 23; STJUE 4 marzo 2020, C328/18 P, *EUI-PO/Equivalenza Manufactory*, ECLI:EU:C:2020:156, § 40; STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 55. Con todo, no puede dejar de reconocerse -tal como certeramente ha señalado M. RICOLFI (*Trattato*

89. Siendo un elemento de hecho, la fama de la persona cuyo nombre conforma la marca ha de ser probada. Por eso no se aplica la doctrina de la neutralización cuando no se acredita tal extremo. Cabe citar, en este sentido, la Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2011¹¹⁸. En este caso se solicitó el registro como marca de la Unión de una marca figurativa integrada por el signo McKENZIE para distinguir productos de cuero, ropa y calzados, entre otros productos, a la que se opuso el titular de la marca denominativa McKINLEY y de una marca figurativa integrada también por dicho signo denominativo. Pues bien, el Tribunal General declara¹¹⁹ que, a nivel conceptual, el público relevante reconoce el prefijo «Mc», que significa «hijo de», como prefijo de muchos apellidos escoceses o irlandeses. Por tanto, dicho público considerará los elementos denominativos de las marcas controvertidas como apellidos celtas sin significado conceptual, a menos que el nombre sea el apellido especialmente conocido de un personaje famoso, lo que no quedó acreditado en el caso concreto¹²⁰.

90. Todo esto es así, salvo que la fama del personaje alcance un grado tal que pueda considerarse un hecho de conocimiento notorio. No se olvide que el Tribunal de Justicia ha declarado que los hechos notorios no requieren ser probados -pudiendo incluso ser tomados en cuenta, aunque no sean alegados por las partes¹²¹-, y que la constatación por el Tribunal General del carácter notorio o no de los hechos en cuestión constituye una apreciación de naturaleza fáctica, no susceptible de revisión en casación (salvo desnaturalización)¹²².

91. Precisamente las implicaciones de los hechos notorios y la consideración como tal de la fama del jugador Messi Cuccitini fueron objeto de discusión ante el Tribunal de Justicia.

92. Recuérdesse, en efecto, que el Tribunal General entendió, en contra del criterio de la EUIPO, que los signos MASSI y MESSI no eran similares, porque la fama del jugador hace que el público interesado vincule su nombre con su figura, siendo de aplicación la doctrina de la neutralización. Pero sucede que dicha fama del jugador y sus implicaciones en la comparación conceptual de los signos en conflicto no fue alegada por el jugador ante el Tribunal General, pese a lo cual éste consideró que el renombre del apellido Messi, en cuanto apellido del jugador de fútbol de fama mundial y en cuanto personaje público, era un hecho notorio¹²³.

93. Ante el Tribunal de Justicia se alega que los hechos no invocados por las partes ante los órganos de la EUIPO ya no pueden invocarse ante el Tribunal General¹²⁴. No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda «que no se puede considerar que las alegaciones formuladas en la fase de recurso ante el Tribunal General con el único fin de acreditar hechos notorios sean nuevas alegaciones»¹²⁵. Por ello, concluye que nada obsta a que el Tribunal General declarara fundadamente, que «dado que la notoriedad del apellido Messi, en cuanto apellido del jugador de fútbol de fama mundial y en cuanto personaje público, era un hecho notorio, es decir, un hecho que cualquier persona podía conocer o que se podía averiguar por medio de fuentes generalmente accesibles, estas fuentes eran elementos de los que podía

dei marchi. Diritto europeo e nazionale, Giappichelli, Torino, 2015, p. 572- que el Tribunal de Justicia suele destacar el carácter fáctico de la aplicación de la doctrina de la neutralización y la imposibilidad de revisarlo en casación, después de haber comprobado que efectivamente el Tribunal General ha tenido en cuenta correctamente las correspondientes pautas jurisprudenciales (Vid., entre otras, STJCE 12 enero 2006, C-361/04 P, *Picasso*, ECLI:EU:C:2006:25, § 23; o STJCE 26 marzo 2009, C-21/08 P, *Sunplus Technology v OHMI*, ECLI:EU:C:2009:199, §§ 48 a 50).

¹¹⁸ STGUE 18 mayo 2011, T-502/07, *IIC/OHMI - McKenzie (McKENZIE)*, ECLI:EU:T:2011:223.

¹¹⁹ STGUE 18 mayo 2011, T-502/07, *IIC/OHMI - McKenzie (McKENZIE)*, ECLI:EU:T:2011:223, § 40.

¹²⁰ En el mismo sentido, STGUE 19 junio 2012, *H.Eich Srl*, T557/10, ECLI:EU:T:2012:309, § 64.

¹²¹ Vid., por ejemplo, el ATJCE 3 junio 2009, C394/08 P, *Zipcar/OHMI*, ECLI:EU:C:2009:334, § 42.

¹²² ATJUE 3 junio 2015, C142/14 P, *The Sunrider Corporation/OAMI*, EU:C:2015:371, § 65.

¹²³ STGUE 26 abril 2018, T-554/14, *Messi*, ECLI:EU:T:2018:230, § 61.

¹²⁴ Así se establece en una jurisprudencia consolidada, de la cual es una muestra la STJUE 22 septiembre 2016, C442/15 P, *Pensa Pharma/EUIPO*, EU:C:2016:720, § 47.

¹²⁵ STJUE 10 noviembre 2011, C88/11 P, *LG Electronics/OAMI*, EU:C:2011:727, § 30 o STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 73.

disponer la Sala de Recurso cuando adoptó la resolución controvertida y que debería haber tenido en cuenta al apreciar la similitud entre los signos en cuestión en el plano conceptual»¹²⁶.

94. Esta interpretación según la cual la fama o celebridad del personaje cuyo nombre integra una marca patronímica puede ser una cuestión notoria que no necesite prueba, ha sido también aplicada por la EUIPO con ocasión de la prohibición de registro de marcas contrarias al orden público en el caso *Bin Ladin*. Así, en la Resolución de 29 de septiembre de 2004 de la Sala Segunda de Recurso de la, por aquél entonces, OAMI¹²⁷, se consideró que la marca solicitada «BIN LADIN» sería entendida por el público en general como el nombre del líder de la organización terrorista Al Qaeda, «dada la notoriedad universal alcanzada tanto por la organización como por su líder tras el atentado del 11 de septiembre y su frecuente aparición en la prensa europea»¹²⁸. Y se consideró que no era necesaria la prueba de este extremo, por ser un hecho universal y notoriamente conocido, aplicándose la regla de que los hechos notorios no requieren ser probados, por ser hechos que cualquier persona puede conocer o que se pueden averiguar por medio de fuentes generalmente accesibles¹²⁹.

95. Partiendo, pues, de la referida interpretación, inmediatamente se generan importantes interrogantes prácticos que tienen que ver sobre todo con el grado de conocimiento que se ha de exigir para poder apreciar la fama del correspondiente personaje sin necesidad de prueba o, incluso, sin que haya sido alegada.

96. Afirmar – como hace el Tribunal de Justicia en el caso *Messi* - que la fama del personaje es un hecho notorio, porque cualquier persona puede conocerlo o averiguar quién es por medio de fuentes generalmente accesibles, no deja de abrir la puerta a incertidumbres y generar falta de seguridad y predictibilidad de la interpretación de los tribunales¹³⁰. Piénsese, por ejemplo, en una persona famosa en Chile, y solo en Chile, que solicita una marca en la Unión Europea constituida por su nombre. En principio, el público relevante europeo no vinculará la marca con una determinada persona, pues la desconoce. Pero en un mundo globalizado el acceso a Internet y a las redes sociales podría bastar para que el público europeo relevante pueda averiguar la notoriedad del personaje.

97. Todo parece indicar que, pese a sus palabras, el Tribunal de Justicia no estaba pensando en casos como éste. Pero entonces se pone de manifiesto el verdadero problema de su posición: la indeterminación y la vaguedad. Probablemente se puede llegar a aceptar que Messi se haya convertido en una celebridad mundial. Pero no todas las celebridades tienen un nivel máximo de notoriedad.

98. El caso *Miley Cyrus* no ha dado lugar a nuevas pautas u orientaciones, porque las partes no discutieron ante el Tribunal General la notoriedad de la cantante y actriz, pese a lo cual el Tribunal insiste en que «Ms Miley Cyrus is a public figure of international reputation known to most well-informed, reasonably observant and circumspect persons who read the press, watch television, go to the cinema or listen to the radio, where they can see her or listen to her sing or where she is regularly spoken of, it follows that the relevant public will understand the mark applied for as designating the name of the famous American singer and actress»¹³¹.

99. Por lo demás, en relación con las cuestiones de prueba debe destacarse que, una vez constatada la fama del personaje, ya sea como consecuencia de la oportuna acreditación, ya por ser considera-

¹²⁶ STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 74.

¹²⁷ Asunto R 176/2004-2.

¹²⁸ § 16.

¹²⁹ § 24.

¹³⁰ En sentido crítico con las sentencias del caso *Messi*: A. SZTOLDMAN, «The Lionel Messi Case: Trade Mark's Reputation Blurred with Personal Notoriety», *European Intellectual Property Review*, 2021, Vol. 43, pp. 408 y ss (410) y M. MANCINELLA, «The Visual, the Phonetic and the Famous: Trademark Similarity in the Wake of *Messi v EUIPO*», *European Intellectual Property Review*, 2018, Vol. 40, Issue 10, pp. 665-668 (668).

¹³¹ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372, § 51.

do un hecho notorio, la alegación de que el público relevante a la vista del signo en cuestión no pensará en el personaje, sino que lo verá como una marca, indicadora del origen empresarial de productos o servicios, debe ser objeto de la correspondiente prueba.

100. Así lo ha destacado el Tribunal General, con el refrendo del Tribunal de Justicia¹³², en la sentencia del caso *Messi*, al afirmar que «es poco probable que, ante las marcas en conflicto, un consumidor razonablemente atento, informado y perspicaz de los productos designados por la marca solicitada no perciba el signo figurativo MESSI como la marca del célebre jugador de fútbol con ese apellido, sino como una marca entre otras que parezca italiana por su sonido. La fama del jugador de fútbol Messi es tal que no resulta plausible considerar, en ausencia de indicios concretos que indiquen lo contrario, que el consumidor medio, ante el signo MESSI como marca de prendas de vestir, artículos de gimnasia o de deporte y aparatos e instrumentos de protección, se abstraiga del significado del signo como apellido del célebre jugador de fútbol y lo perciba únicamente como una marca más, entre otras, de ese tipo de productos»¹³³. Y lo mismo ha reiterado el Tribunal General en el caso *Miley Cyrus*¹³⁴.

5. Consideraciones finales sobre la fama del personaje y la similitud conceptual de los signos en conflicto

101. Al analizar el impacto de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, algún sector de la doctrina europea ha realizado valoraciones que no comparto.

102. Se ha dicho, así, que con la doctrina de la neutralización el Tribunal de Justicia se aparta del principio según el cual el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior¹³⁵; y que al aplicar la doctrina de la neutralización cuando la marca que reproduce el nombre de la celebridad es la marca posterior, se está obviando el principio –establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, *Aceites del Sur-Coosur/Koipe*¹³⁶– de que al valorar la existencia de riesgo de confusión solo puede considerarse el renombre de la marca prioritaria¹³⁷.

103. No obstante, en mi opinión, estas valoraciones no tienen en cuenta que la jurisprudencia distingue entre la fama de un personaje (adquirida al margen de sus marcas) y el conocimiento, notoriedad o reputación conseguida en el mercado por las marcas compuestas por el nombre de la celebridad, que es lo que se traduce en un mayor carácter distintivo. Como ha quedado expuesto en este mismo trabajo, una cosa es que la fama y celebridad del nombre eviten la similitud conceptual de los signos y eso contrarreste las similitudes gráficas y fonéticas (que es lo que implica la doctrina de la neutralización), y

¹³² STJUE 17 septiembre 2020, C-449/18 P y C-478/18 P, *Messi*, ECLI:EU:C:2020:722, § 36.

¹³³ STGUE 26 abril 2018, T-554/14, *Messi*, ECLI:EU:T:2018:230, § 75.

¹³⁴ STGUE 16 junio 2021, T-368/20, *Miley Cyrus*, ECLI:EU:T:2021:372, § 61, donde se sostiene que «The mark applied for, MILEY CYRUS, has a clear and specific semantic content for the relevant public given that it refers to a public figure of international reputation, known by most well-informed, reasonably observant and circumspect persons, as has been pointed out in paragraph 51 above, whereas the earlier mark has no particular semantic meaning. Furthermore, the reputation of the singer and actress Miley Cyrus is such that it is not plausible to consider that, in the absence of specific evidence to the contrary, the average consumer, confronted with the mark MILEY CYRUS designating the goods and services in question, will disregard the meaning of that sign as referring to the name of the famous singer and actress and perceive it principally as a mark, among other marks, of such goods and services (see, to that effect, judgment of 17 September 2020, *EUIPO v Messi Cuccittini*, C449/18 P and C474/18 P, not published, EU:C:2020:722, paragraph 36)».

¹³⁵ J. СИТКО, «Protection of a Famous Person's Surname in the Light of the European Union Trade Mark Regulation», *European Research Studies Journal*, Vol. XXIV, Special Issue 2, 2021, pp. 210-223 (221).

¹³⁶ STJCE 3 septiembre 2009, C-498/07 P, *Aceites del Sur-Coosur/Koipe*, ECLI:EU:C:2009:503, § 84.

¹³⁷ B. LÜTHGE/K. FRIEDRICH, «Die Auswirkungen der Bekanntheit der jüngeren Marke auf die Verwechslungsgefahr. Zugleich Besprechung von BGH „Wipp“, LG Hamburg „Open-LIMS“ und EuG „Messi/Massi“», *GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht)*, 2/2020, pp. 138-144 (141).

otra distinta es que esa fama comporte un mayor ámbito de protección de la marca como consecuencia de un mayor carácter distintivo o la adquisición de renombre (lo cual, no es así, pues para ello es necesario el conocimiento del nombre como marca, y no como tal nombre del personaje)¹³⁸. Esa distinción es la que también permite al Tribunal de Justicia declarar que no puede tenerse en cuenta el renombre de la marca posterior, aunque sí el conocimiento del personaje cuyo nombre se reproduce en la marca (porque es algo distinto y, además, se tiene en cuenta al apreciar la similitud de los signos en conflicto desde la perspectiva conceptual, y no en el análisis global del riesgo de confusión, que es donde se valora el carácter distintivo y renombre de la marca prioritaria).

104. Por otro lado, también se ha afirmado que la aplicación de la doctrina de la neutralización implica una mayor protección de las marcas patronímicas formadas por el nombre de personas famosas¹³⁹, y que privilegiaría a las celebridades que quieren registrar sus nombres como marca, frente a los titulares de marcas previas¹⁴⁰.

105. Frente a estas afirmaciones, debe recordarse que lo que da lugar a un mayor ámbito de protección de la marca no es la fama del personaje, sino el carácter distintivo o el renombre de la marca. Es cierto que el hecho de que el público pertinente establezca una vinculación clara y directa con el correspondiente personaje puede neutralizar las similitudes de los signos y, por lo tanto, resultar beneficioso para la celebridad que quiere registrar su nombre como marca (como en los casos *Messi* y *Miley Cyrus*), en la medida en que, faltando dicha similitud, no habrá riesgo de confusión ni la vinculación de los signos necesaria para la especial protección de las marcas de renombre. Pero no puede desconocerse que la doctrina de la neutralización también se aplica cuando la marca con el nombre de la celebridad es previa y se opone a un signo posterior, solicitado como marca o usado en el tráfico por el tercero. Y en estas hipótesis, si a la vista del caso concreto y por las diferencias conceptuales que derivan del hecho de que el nombre tiene un significado claro y directo para el público, se concluyese que no existe similitud de los signos, eso se traducirá en que el titular de la marca compuesta por el nombre de la celebridad no podrá oponerse al registro o uso del signo posterior. Por eso otros autores hablan en estas hipótesis de una menor protección para los titulares de este tipo de marcas¹⁴¹. Y también por eso se ha insistido en la necesidad de aplicar de modo cuidadoso y restrictivo la doctrina de la neutralización, para evitar reducir indebidamente el ámbito de protección de las marcas, en especial de las de renombre¹⁴². No en vano, el Tribunal de Justicia¹⁴³ ha confirmado esta aplicación rigurosa, al afirmar que la neutralización de las similitudes opera en el supuesto «excepcional» de que al menos uno de los signos en conflicto tenga, en la perspectiva del público pertinente, un significado claro y determinado, de forma que dicho público pueda captarlo inmediatamente.

¹³⁸ Por eso mismo, no comparto las críticas a la Sentencia *Messi*, según las cuales el Tribunal de Justicia mezcla o confunde la notoriedad del personaje con la reputación de la marca. *Vid.* A. SZTOLDMAN, «The Lionel Messi Case: Trade Mark's Reputation Blurred with Personal Notoriety», *European Intellectual Property Review*, 2021, Vol. 43, pp. 408-411 (410).

¹³⁹ M. GIANNINO [«Messi like Picasso? General Court rejects opposition against registration as an EUTM featuring the name of Lionel Messi»], *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, Nº 9, pp. 684 -686 (685)], tras exponer la aplicación de la doctrina de la neutralización, concluye que «in other words, the greater the reputation the stronger the trade mark protection afforded».

¹⁴⁰ S. MARTIN [«Lionel Messi v EUIPO: 2-0. Court of Justice blows final whistle on opposition proceedings involving Leo Messi»], *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, Vol. 16, Nº 1, pp. 9-11 (11)] llega a afirmar que la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Messi* confirmaría el adagio de que es mejor ser rico y sano que pobre y enfermo.

¹⁴¹ Por eso otros autores hablan en estos casos de una menor protección para los titulares de este tipo de marcas: K. VON BASSEWITZ, *Prominenz ® und Celebrity TM. Die Vermarktung bekannter Persönlichkeiten in Deutschland, England und den USA aus marken- und persönlichkeitsrechtlicher Sicht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, p. 233.

¹⁴² JAEGER-LENZ, «Article 8. Relative grounds for refusal», en G. HASSELBLATT (Ed.), *European Union Trade Mark Regulation (EU) 2017/1001. Article-by-Article Commentary*, Second Edition, 2018, pp. 218 -325 (257); Ç. Y. ÖZKAN, «Messi vs. Massi, Prior Right vs. Reputation: The Decision of the Court of Justice of the European Union and Its Assessment with Regard to the Turkish Trademark Law», *GRUR International*, ikab100, <https://doi.org/10.1093/grurint/ikab100>, pp. 1-8 (3).

¹⁴³ STJUE 4 marzo 2020, C328/18 P, *EUIPO/Equivalenza Manufactory*, ECLI:EU:C:2020:156, § 75.

IV. La fama del personaje en la valoración de la mala fe al presentar una solicitud de marca por parte de un tercero

1. El derecho al nombre y el registro de marcas por parte de terceros

106. De acuerdo con la Directiva de marcas de 2015 (art. 5.4.b) cualquier Estado miembro podrá disponer que se deniegue el registro de una marca o, si esta está registrada, que se declare su nulidad en los casos y en la medida en que el uso de una marca se pueda prohibir en virtud de un derecho anterior al nombre. Por su parte, el Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la Unión Europea menciona expresamente el derecho al nombre al regular las causas de nulidad de una marca (art. 60.2), disponiendo que la marca de la Unión se declarará nula si existe un derecho al nombre previo y, conforme a la legislación que lo regula, ese derecho permite prohibir el uso de la marca.

107. Sobre esta base, determinadas legislaciones nacionales permiten al titular de un nombre notorio oponerse a su registro como marca por un tercero. Es lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho español¹⁴⁴ o en el italiano¹⁴⁵. De este modo, se tutela un interés económico en hacer propio el *selling power* conexo a la notoriedad de la persona que lo ha creado¹⁴⁶.

2. El registro de mala fe de marcas que incorporan el nombre de una celebridad

108. Junto a la anterior vía de actuación, invocando su derecho al nombre para instar la existencia de un motivo de denegación de una solicitud de marca o la correspondiente causa de nulidad, las celebridades cuentan también con la posibilidad de solicitar la nulidad de la marca del tercero por haber sido solicitada de mala fe.

A) La mala fe en la solicitud de una marca

109. El Derecho de la Unión Europea prevé expresamente la posibilidad de declarar la nulidad de una marca cuando, al presentar la solicitud de la marca, el solicitante hubiera actuado de mala fe [artículo 60.1.b) del Reglamento de la marca de la Unión Europea y artículo 4.2 de la Directiva de marcas]¹⁴⁷. Pero en esta normativa no se ofrece orientación alguna sobre qué haya de entenderse por mala fe, lo que ha provocado una relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, que no procede analizar con detenimiento en esta sede, por exceder del objeto de nuestra investigación¹⁴⁸.

¹⁴⁴ De acuerdo con la Ley 17/2001, de Marcas (art. 9.1), sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas el nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca, ni el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante. *Vid.*, al respecto: M. CURTO POLO, «Artículo 9. Otros derechos anteriores», en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO /J. A. GARCÍA CRUCES (Dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed., Tomo I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 289-309.

¹⁴⁵ El artículo 8.3 del *Codice della proprietà industriale* dispone que: «Se notori, possono essere registrati come marchio solo dall'avente diritto, o con il consenso di questi, o dei soggetti di cui al comma 1: i nomi di persona, i segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo, le denominazioni e sigle di manifestazioni e quelli di enti ed associazioni non aventi finalità economiche, nonché gli emblemi caratteristici di questi». Sobre la interpretación de este precepto: STGUE 14 mayo 2009, T-165/06, *ELIO FIORUCCI*, ECLI:EU:T:2009:157, §§ 38 y ss.; confirmada por la STJUE 5 julio 2011, C-263/09 P, ECLI:EU:C:2011:452.

¹⁴⁶ R. PENNISI, «Nomi e marchi. Alcune considerazioni», *Studi di Diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo. Volume I. Proprietà intellettuale e concorrenza*, (a cura di C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P. M. SANFILIPPO, R. VIGO), Giappichelli, Torino, 2021, pp. 445-470 (457).

¹⁴⁷ En la directiva también se permite a los Estados miembros establecer la mala fe en la solicitud como causa de denegación del registro.

¹⁴⁸ Para una exposición sintética, pero muy acertada, de los principales pronunciamientos: D. HADROUSEK, «Bad Faith in Recent Case Law of the EU Court of Justice: Some Answers, More Questions», *European Intellectual Property Review*, 2021, Vol. 43, Issue 6, pp. 366-375; o J. GÓMEZ MONTERO, «La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la mala fe en materia de

110. Baste tan solo con recordar que se presume la buena fe hasta que se acredita lo contrario¹⁴⁹, y que para determinar si ha mediado mala fe hay que atender a todas las circunstancias fácticas pertinentes tal como concurrían en el momento en que se presentó la solicitud¹⁵⁰, entre las que destaca la intención del solicitante, factor subjetivo que debe establecerse con referencia a elementos objetivos¹⁵¹. Sobre esa base, el Tribunal de Justicia considera que una marca se solicita de mala fe en dos grandes casos.

111. En primer lugar, habrá solicitud de mala fe cuando no se presenta «con el objetivo de participar de forma leal en el proceso competitivo, sino con la intención de menoscabar, de un modo no conforme con las prácticas leales, los intereses de terceros». Aquí encajan aquellas hipótesis en las que el solicitante sabe o debe saber que un tercero utiliza, en al menos un Estado miembro, un signo que puede dar lugar a confusión con la marca objeto de la solicitud, y pretende menoscabar de manera desleal los intereses de dicho tercero, cuyo signo ya ha obtenido cierto grado de protección jurídica por méritos propios¹⁵². Y también se insertan en este grupo de casos aquellos supuestos en los que se solicita la marca sin la intención de usarla en el tráfico, sino tan solo con la finalidad de obstaculizar a un tercero, menoscabando sus intereses de un modo no conforme con las prácticas leales¹⁵³.

112. Junto a este primer grupo de casos, también habrá mala fe cuando la solicitud se presente «con la intención de obtener, sin tener siquiera la mira puesta en un tercero en particular, un derecho exclusivo con fines diferentes a los correspondientes a las funciones de la marca, sobre todo a la función esencial de indicación de origen»¹⁵⁴. Así sucederá cuando se solicita una marca sin intención de perjudicar a nadie, pero sin pretensión alguna de usarla en el tráfico¹⁵⁵.

B) La celebridad de una persona y la mala fe del tercero que solicita el nombre de dicha persona como marca

113. En este contexto de solicitud de una marca de mala fe puede suceder que un tercero registre un signo coincidente con el nombre de una celebridad con la intención de apoderarse del *selling power* o capacidad de atracción del signo entre los consumidores. Como ya se ha dicho, si el correspondiente Derecho nacional lo permite, ello podrá dar lugar a la aplicación de la prohibición de registro de la marca que reproduce el nombre de la celebridad o, en su caso, a la existencia de la causa de nulidad de la marca ya registrada. Pero, adicionalmente, esa intención del solicitante puede convertir su solicitud en una solicitud de mala fe, lo que permitirá declarar la nulidad de la marca con independencia de lo que disponga el Derecho nacional aplicable al nombre.

114. Esto es lo que sucedió en el caso *Neymar*, en el que un sujeto solicitó y obtuvo el registro de la marca denominativa de la Unión NEYMAR, para vestidos, calzados y sombrerería en la clase 25, ante lo cual el futbolista brasileño Neymar da Silva Santos Junior presentó una solicitud de anulación, alegando su derecho al nombre según las legislaciones española y francesa y, además, que la solicitud de marca se había presentado de mala fe.

marcas», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 40 (2019-2020), pp. 125-120. Por lo demás, aunque por la fecha de publicación no recoge la reciente jurisprudencia, sigue siendo útil la obra de J. FRAMINÁN SANTAS, *La nulidad de la marca solicitada de mala fe: estudio del artículo 51.1.b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas*, Comares, Granada, 2007.

¹⁴⁹ STGUE 21 marzo 2012, T227/09, *Feng Shen Technology/OHMI - Majtczak (FS)*, ECLI:EU:T:2012:138, § 32.

¹⁵⁰ STJCE 11 junio 2009, C529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, EU:C:2009:361, § 35.

¹⁵¹ STJCE 11 junio 2009, C529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, EU:C:2009:361, § 42.

¹⁵² STJCE 11 junio 2009, C529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli*, EU:C:2009:361, §§ 39 y ss. En este sentido, puede presumirse tal conocimiento por parte del solicitante sobre todo cuando hay un conocimiento general de tal utilización en el sector económico de que se trate (§ 39).

¹⁵³ STJUE 29 enero 2020, C371/18, *Sky*, ECLI:EU:C:2020:45, § 77.

¹⁵⁴ STJUE 12 septiembre 2019, C104/18 P, *Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret/EUIPO*, ECLI:EU:C:2019:724, § 46.

¹⁵⁵ STJUE 29 enero 2020, C371/18, *Sky*, ECLI:EU:C:2020:45, § 77.

115. La División de anulación de la EUIPO entendió que la marca se había solicitado de mala fe, porque, aunque no se había demostrado que el solicitante tuviese un conocimiento real del jugador en el momento de la solicitud, ni que entre las partes hubiese habido alguna relación o contacto previo, sí había quedado demostrada la fama del jugador en el momento de presentarse la solicitud de marca, de donde se deriva el conocimiento del solicitante. Y aunque ese mero conocimiento del jugador no basta para declarar la mala fe, la División de anulación considera que, tras quedar acreditada la fama del jugador, se produce una inversión de la carga de la prueba, de modo que debe ser el titular de la marca el que explique los motivos por los que la ha solicitado. Por eso, ante el silencio a este respecto del titular de la marca, unido a que también solicitó las marcas compuestas por los signos «NEYMAR FOOTWEAR», «NJR NEYMAR JR» y «NJR», igualmente impugnadas por mala fe, y a la circunstancia de que registró otras tres marcas de la Unión Europea en clase 25, incluyendo el nombre de Iker Casillas, otro famoso jugador de fútbol, la División de Anulación no ve otra lógica comercial del titular de la marca NEYMAR al solicitarla, que una intención deliberada de crear una asociación con el famoso futbolista, para aprovecharse indebidamente de su reputación o incluso para impedir su entrada en el mercado de los correspondientes productos.

116. Esta interpretación es confirmada por la Resolución de la Segunda Sala de Recurso de 6 de septiembre de 2017¹⁵⁶ -teniendo en cuenta asimismo que las marcas «NEYMAR FOOTWEAR», «NJR NEYMAR JR» y «NJR» ya habían sido declaradas nulas-, y por el Tribunal General en su Sentencia de 14 de mayo de 2019¹⁵⁷, que deja sentado que en el momento en que se solicita la marca el jugador brasileño era conocido en el mundo futbolístico europeo y que el solicitante no lo podía desconocer (por la fama probada y porque el solicitante tenía conocimiento del mundo del fútbol, como lo prueba el hecho de haber solicitado el mismo día las marcas IKER CASILLAS). En todo caso, el Tribunal General insiste en que no se puede presumir mala fe en la solicitud de marca únicamente porque consista o incluya en nombre de una celebridad. Lo que sucede es que no existe otra explicación plausible de la solicitud de la marca más allá del deseo de aprovecharse de la reputación del famoso futbolista¹⁵⁸. Y, desde luego, para apreciar la mala fe es irrelevante que el jugador no hubiese presentado una oposición a la solicitud, como también lo es que en el momento de solicitar la marca la celebridad no hubiese usado todavía su nombre como marca en el tráfico ni contase con ninguna marca que lo incluyese¹⁵⁹.

V. Conclusiones

117. De todo lo expuesto hasta aquí cabe concluir que la fama de las celebridades cuyo nombre se registra como marca no se transfiere automáticamente a la marca. Dicha fama no implica una notoriedad que implique un mayor carácter distintivo de las marcas, ni su conversión en marcas que gozan de renombre. Ello es debido a que el conocimiento o la fama del personaje es una realidad distinta a la de la notoriedad o renombre de una marca, que se deriva del conocimiento de un signo como tal marca, es decir, como indicador del origen empresarial de los productos o servicios a los que se aplica, y no de la celebridad de la persona a la que alude el nombre que conforma la marca.

118. Por esta misma razón, el mero hecho de que el nombre de una persona famosa se aplique como marca a productos o servicios desvinculados con dicho nombre tampoco le otorga un alto carácter distintivo intrínseco a la marca. Porque, aunque el público conozca al personaje, eso no lo lleva directamente a ver el signo como marca.

119. Donde sí es relevante jurídicamente el conocimiento y fama del personaje es en la comparación de signos en conflicto que debe realizarse tanto para apreciar la existencia de riesgo de confusión

¹⁵⁶ Asunto R 80/2017-2.

¹⁵⁷ STGUE 14 mayo 2019, T-795/17, *Neymar*, ECLI:EU:T:2019:329.

¹⁵⁸ STGUE 14 mayo 2019, T-795/17, *Neymar*, ECLI:EU:T:2019:329, § 51.

¹⁵⁹ STGUE 14 mayo 2019, T-795/17, *Neymar*, ECLI:EU:T:2019:329, §§ 54 y ss.

entre una marca prioritaria y otra posterior, como para que la prioritaria pueda gozar -en su caso- de la protección reforzada que se les confiere a las marcas de renombre. Ello es debido a que, para apreciar la similitud de signos necesaria para aplicar estas hipótesis, debe atenderse a las perspectivas fonética, gráfica y conceptual, operando en este ámbito la doctrina de la neutralización de las similitudes gráficas y fonéticas como consecuencia de las diferencias conceptuales de los signos. Sobre esa base, se entiende por parte del Tribunal de Justicia y del Tribunal General que el hecho de que el público establezca una vinculación directa entre el nombre y un personaje hace que tenga un significado conceptual claro y directo, lo que permite aplicar dicha doctrina jurisprudencial, tanto si la marca patronímica con el nombre del personaje famoso es previa como si es posterior. Y aunque por regla general la fama del personaje debe ser objeto de alegación y prueba, ello no opera si la referida fama es un hecho notorio, generándose no pocas dificultades para determinar cuál ha de ser el grado de conocimiento por el público que se exige para concluir tal carácter notorio.

120. Finalmente, la fama de la celebridad también tiene relevancia jurídica en los casos en que es un tercero el que, sin consentimiento del personaje, solicita el registro de una marca. En estas hipótesis, la fama puede ser un elemento determinante para concluir que la marca se ha solicitado de mala fe, dando lugar a la declaración de nulidad del registro (o, en caso de que la correspondiente legislación nacional de marcas lo establezca, a la denegación del registro por concurrencia de dicha mala fe).

LA REGULACIÓN DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER Y SUS PRINCIPALES NOVEDADES: HACIA UNA MEJOR PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

“THE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION REGIME IN THE BRUSSELS IITER REGULATION AND ITS MAIN NOVELTIES: TOWARDS A BETTER PROTECTION OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD”

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional privado
Universitat de València*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>

Resumen: El presente artículo analiza las novedades introducidas en el Reglamento Bruselas II ter en materia de sustracción internacional de menores. El legislador de la UE, consciente de la complejidad y problematismo que ha acarreado la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en la materia, ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada en el nuevo texto de 2019, tanto desde el punto de vista estructural como sustancial. Redundado, previsiblemente, en una mejor del interés superior de los menores involucrados en estos procedimientos.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, Reglamento Bruselas II ter, Reglamento 2019/1111, Reglamento Bruselas II bis, retorno del menor.

Abstract: This article analyses the new developments introduced in the Brussels II ter Regulation on international child abduction. The EU legislator, aware of the complexity and problematism that the application of the Brussels IIa Regulation has entailed in the matter, has tried to improve and refine the response provided in the new 2019 text, both from the structural and substantial point of view. Predictably, resulting in a better protection of the bests interests of the children involved in these proceedings.

Keywords: international child abduction, Brussels II ter Regulation, 2019/1111 Regulation, Brussels II bis Regulation, return of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Un primer aspecto: la relación entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de la Haya de 1980. III. Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional. IV. Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio. 1. La aclaración sobre la edad del menor. 2. La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno. A) La concentración y la especialización de la jurisdicción. B) La limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor. 3. Las novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980. A) El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución. B) El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno. C) El refuerzo del retorno seguro del menor. a) La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor. b) Las medidas provisionales y cautelares dictadas en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor. D) La intro-

ducción de la figura de la mediación. V. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del mecanismo de prevalencia con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia. 1. La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia. 2. La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia. 3. La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor. 4. La corrección de la eliminación del *exequatur* “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La sustracción internacional de menores se presenta en nuestros días como un ejemplo paradigmático de la complejidad de los asuntos transfronterizos en los que se involucra a la figura de un menor en el que¹, además, concurren realidades con múltiples aristas².

2. La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la Unión Europea (en adelante UE) muestra un complicado paisaje de pluralidad de fuentes legales, que buscan desincentivar este fenómeno³. Principalmente, se trata de un marco jurídico tripartito conformado por el juego entre el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000⁴ (en adelante Reglamento Bruselas II bis) y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁵ (en adelante, Convenio de La Haya de 1980), que queda complementado por la interacción puntual 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 niños⁶ (en adelante Convenio de La Haya de 1996)⁷. En la actualidad, se reivindica una redefinición del marco normativo de la sustracción internacional de menores para adecuarlo a nuevas realidades y la búsqueda de una clarificación de sus fuentes y de su interacción⁸.

¹ En el presente artículo el término “menor” engloba a los niños, niñas y adolescentes.

² Para una visión general sobre la sustracción internacional de menores vid. A.L. CALVO CARAVACA y 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*, Universidad de Murcia, 2011. Se ha realizado un estudio sobre los efectos a largo plazo de la sustracción internacional de menores. En este sentido, vid. PARLAMENTO EUROPEO: “The Child Perspective in the Context of the 1980 Hague Convention”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA\(2020\)659819_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/659819/IPOL_IDA(2020)659819_EN.pdf), último acceso el 28.11.2021. Igualmente, sobre los efectos negativos de la sustracción internacional de menores vid., entre otros, I. LORENTE MARTÍNEZ: *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson – Universidad de Murcia, Madrid, 2019, pp. 14 y ss.

³ En este sentido, el marco jurídico de la sustracción internacional de menores constituiría una clara manifestación del “overbooking de instrumentos legales” existentes en materia de protección internacional del menor al que refiere la doctrina. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Comares, Granada, 18ª ed., 2018, p. 491.

⁴ DO L 338, de 23.12.2003.

⁵ BOE de 24.8.1987, corr. errores BOE de 30.6.1989, y BOE de 24.1.1996.

⁶ BOE, de 2.10.2010. Para un estudio sobre la relación entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1996 vid. M. MOYA ESCUDERO: “Integración del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en el Reglamento Bruselas II bis”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO-PIRETO (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 569-582.

⁷ Para un estudio sobre la evolución del sistema de fuentes vid., por todos, A. BORRÁS: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 159-174. Vid. igualmente ESPINOSA CALABUIG, R. y CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Child Protection in European Family Law”, en Pfeiffer, T., Lobach, Q.C. and Rapp, T. (Eds.): *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, pp. 53 y ss.

⁸ Se habla, así, de la necesidad de afrontar los profundos cambios sociales de las últimas décadas, reflejados en la con-

3. Uno de los elementos más problemáticos, tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis, es el mecanismo de retorno del menor⁹. En el Convenio de La Haya de 1980, se otorga prioridad al retorno del menor, pero a su vez, se busca el equilibrio con el interés del menor en el caso concreto a través de un sistema de excepciones al retorno. Frente a este sistema, el Reglamento Bruselas II bis restringió al máximo el sistema de excepciones al retorno mediante la introducción de una serie de modificaciones procesales¹⁰. Entre ellas, particularmente cuestionado ha sido el llamado mecanismo de prevalencia, por el cual, la última palabra en relación con el retorno del menor la posee el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento¹¹.

4. El legislador de la UE, consciente de la complejidad y problematismo que ha acarreado la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción internacional de menores, ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada en 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 (versión refundida)¹², en adelante, Reglamento Bruselas II ter¹³. El objeto del presente trabajo es, precisamente, desgarnar las principales novedades introducidas en el texto de 2019 en materia de sustracción internacional de menores.

II. Un primer aspecto: la relación entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de La Haya de 1980

5. El marco normativo articulado por el legislador europeo en relación con la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis se caracteriza por su extrema complejidad y por lo problemático de su aplicación. Ello se reputa tanto de las soluciones autónomas diseñadas como de su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y, también, de 1996. Consciente de este hecho, en el nuevo texto de Bruselas II ter el legislador ha intentado mejorar y depurar la respuesta aportada.

solidación de diferentes modelos familiares, o en la, ya apuntada, mayor centralidad de los derechos del menor y su interés superior, frente al de sus progenitores. Al respecto vid., entre otros, PARLAMENTO EUROPEO: “40 Years of The Hague Convention on Child Abduction: Legal and Societal Changes in the Rights of a Child”, *Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies*, 2020. Versión *on line* disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA\(2020\)660559_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/660559/IPOL_IDA(2020)660559_EN.pdf), último acceso el 28.11.2021; R. SCHUZ: “The Hague Child Abduction Convention in a Changing World”, en G. DOUGLAS, M. MURCH, Y V. STEPHENS (eds.): *International and National Perspectives on child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, Cambridge -Antwerp -Portland, 2018, pp. 315-328; J. FORCADA MIRANDA: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

⁹ Al respecto vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, 2018, pp. 1- 31.

¹⁰ Vid. apts. 1 a 5 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

¹¹ Vid. apts. 6 a 8 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

¹² DO L 178/1 de 2 de julio de 2019. La Comisión Europea presentó su Propuesta de Refundición del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (en lo sucesivo, “Propuesta de Refundición del Reglamento Bruselas II bis”). Véase COMISIÓN EUROPEA: “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)” {SWD(2016) 207 final} {SWD(2016) 208 final}, Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS).

¹³ Para un análisis global de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter vid., entre otros, A. BORRÁS: “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 38, 2019, pp. 1-5; M. HERRANZ BALLESTEROS: “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 73, n. 2, pp. 229-260; S. CORNELOUP Y T. KRUGER: “Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2, 2020, pp. 215-245.

6. Los cambios son tanto de estructura como sustantivos. Desde una perspectiva estrictamente formal, una de las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter es la introducción de un Capítulo –el Capítulo III- dedicado, exclusivamente, a la sustracción internacional de menores¹⁴. De esta manera, el procedimiento de retorno del menor, que antes se regulaba únicamente en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, pasa ahora a estar ampliamente desarrollado en un Capítulo completo del nuevo Reglamento. Previsiblemente, esta nueva estructura mejorará la lectura del Reglamento y su correcto entendimiento y aplicación por parte de los operadores jurídicos.

7. Adicionalmente, una de las principales novedades de la reforma en materia de sustracción internacional de menores constituye el intento por aclarar la relación del Reglamento Bruselas II bis con el Convenio de La Haya de 1980.

8. En este sentido, es sabido que la introducción de normas en materia de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II bis no fue una cuestión pacífica¹⁵, más bien al contrario, fruto de un proceso complejo que generó una amplia polémica¹⁶. La solución política de compromiso adoptada¹⁷, consistente, básicamente, en la inclusión en el Reglamento de ciertas normas que completaban el Convenio de La Haya de 1980, generó algunas dudas sobre la relación entre ambos instrumentos.

9. El núcleo central de la coordinación entre los dos modelos diseñados en el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980 se encuentra en el artículo 11 del texto reglamentario. Principalmente, el Reglamento Bruselas II bis altera de forma parcial la articulación procesal de la resolución por la que se ordena el retorno inmediato prevista en el Convenio de La Haya de 1980 que, recordemos, apuesta por la cooperación entre autoridades sin aportar respuesta sobre la competencia de ésta o sobre la eficacia en el extranjero de las resoluciones que se puedan dictar por éstas¹⁸. Estas modificaciones, relevantes, constituyen una serie de garantías que deben añadirse a lo establecido en el propio Convenio de La Haya de 1980¹⁹.

¹⁴ La singularización de la problemática y la mayor atención del legislador de la UE a este fenómeno que ello refleja también se deduce de su inclusión expresa en el título del propio texto reglamentario que pasa a denominarse: 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.

¹⁵ Recordemos que la decisión del legislador de la UE de legislar en materia de sustracción internacional de menores no se remonta a los inicios de la normativa de la UE en materia de responsabilidad parental. En efecto, el Reglamento (CE) n.º 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, D.O. n.º L 160 de 30 de junio del 2000, remitía directamente, sin más, al Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores (véase Considerando 13 y artículo 3 del Reglamento 1347/2000).

¹⁶ La idoneidad, o no, de regular la sustracción ilícita internacional desde la UE dio lugar a arduas negociaciones entre los Estados miembros. Surgió una evidente división entre aquellos – Francia, Italia o España- que deseaban introducir normas sustantivas que mejoraran el Convenio de La Haya de 1980 y aquellos otros Estados miembros – Alemania, Holanda o Reino Unido, por ejemplo- que consideraban que no era necesaria intervención legislativa alguna, ya que el Convenio de La Haya de 1980 era suficiente para resolver estos conflictos. Véase un análisis del proceso de negociación en P. MCELEAVY: “The new Child Abduction Regime in the European Union: Symbolic Relationship or Forced Partnership?”, *Journal of Private International Law*, v. 1, n.º 1, 2005, pp. 5-34.

¹⁷ En palabras de Mceleavy: “This unorthodox partnership of regional and international instruments was not the intention of either of the institutions or of the Member States involved in the negotiation process, it was quite simply a political solution to what had become an embarrassing stand-off between two equally powerful and motivated blocs”. P. MCELEAVY: “The new Child Abduction Regime in the European Union...”, *cit.*, p. 6. También refleja la idea de compromiso político K. LENAERTS: “The Best Interest of the Child Always Come First: the Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencia/Jurisprudence*, v. 20, n.º 4, 2013, p. 1312.

¹⁸ Véase I. REIG FABADO: “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLÓRIA GARCÍA (dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 220.

¹⁹ *Ibid.*, p. 229.

10. En tal sentido, en el seno de la UE, una vez acontecido un traslado ilícito, el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis regula el proceso de restitución de dicho menor²⁰. Así, en el caso de que se solicite la restitución del menor ante las autoridades del Estado miembro donde haya sido trasladado ilícitamente, o retenido, el Convenio de La Haya de 1980 se deberá aplicar conjuntamente con el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis. Tal y como señala la Comisión Europea “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reciba una solicitud de restitución de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980, aplicará las normas del mismo tal y como queda completado por los apartados 1 a 5 del Reglamento”²¹.

11. El propio Reglamento Bruselas II bis hace mención a la relación con el Convenio de La Haya de 1980 en su Considerando 17²², así como en sus artículos 60 y 62.2, diseñando la mencionada relación de complementariedad que ya hemos apuntado²³. Ahora bien, a pesar de tal relación, entendida en el sentido de que el Reglamento Bruselas II bis modula ciertos preceptos del Convenio de La Haya en lo relativo a su aplicación entre los Estados miembros de la Unión, el artículo 60 del texto reglamentario habla, a su vez, de aplicación preferente del Reglamento, lo que puede generar cierta confusión en lo referente a la relación de ambos instrumentos²⁴.

En efecto, mientras que el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis parece indicar la relación de complementariedad entre ambos instrumentos normativos, el artículo 60 del mismo texto señala la primacía del Reglamento Bruselas II bis sobre el Convenio de La Haya de 1980. Así, surge la duda sobre si la relación entre ambos textos era, efectivamente, de complementariedad, o, por el contrario, de prevalencia. Y en todo caso, la articulación de ambas realidades normativas era compleja y daba lugar a una práctica poco lineal.

12. Estas dudas se intentan disipar ahora con la reforma del Reglamento, mediante diversas referencias tanto en el articulado como en los Considerandos relativas a la relación del nuevo texto reglamentario con el Convenio de La Haya de 1980. De esta suerte, ya en el Considerando 40 del Reglamento Bruselas II ter se apunta la relación de complementariedad entre ambos textos, indicando que, cuando se produzca un traslado o retención ilícita de un menor, deberá “seguir aplicándose” el Convenio de La Haya de 1980, “completado” por el Reglamento Bruselas II ter, y en particular, por el Capítulo III del mismo. En el articulado del nuevo Reglamento, concretamente, en el Capítulo VIII

²⁰ Literalmente, el artículo 11.1 del Reglamento Bruselas II bis establece que: “Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”.

²¹ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”. Versión *on line* disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1, último acceso el 10.11.2021, p. 53.

²² Considerando 17: “En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11...”.

²³ Una cuestión que ya se produce en otros instrumentos europeos, principalmente, respecto de otros textos de la Conferencia de La Haya de DIPr. Recuérdense los Convenios sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, *BOE* de 4.11.1987 y sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, *BOE* de 25.1.1989. y el Reglamento (CE) n.º 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), *DO L* 199/40, de 31.7.2007; o el Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos y el Reglamento 4/2009.

²⁴ La Comisión Europea, en su Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis clarifica la relación entre ambos instrumentos señalando que “El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores («Convenio de La Haya de 1980»), ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea, sigue en vigor en relación con los casos de sustracción de menores entre Estados miembros. Sin embargo, el Reglamento completa este Convenio mediante ciertas disposiciones, que entran en juego en estos casos. Así pues, en la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a las relaciones entre Estados miembros, las normas del Reglamento prevalecerán sobre las normas del Convenio en la medida en que este afecte a materias que se rijan por el Reglamento”. (Véase COMISIÓN EUROPEA: “Guía práctica para la aplicación del nuevo “Reglamento Bruselas II bis”, *cit.*, p. 49).

relativo a las relaciones con otros instrumentos, se introduce un precepto dedicado, exclusivamente, a la relación entre el nuevo Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980. En tal sentido, el artículo 96 del Reglamento Bruselas II ter establece que, en caso de una sustracción ilícita producida de un Estado miembro a otro, “*seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento*”.

El citado precepto también aporta una aclaración interesante al indicar que podrán aplicarse las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento cuando un Estado miembro dicte una resolución de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Y ello, a pesar de que este procedimiento no se considere un procedimiento sobre el fondo, tal y como recuerda el Considerando 16 del nuevo texto reglamentario. Esta solución no quedaba clara en el régimen anterior, precisamente, por no tratarse de resoluciones sobre el fondo del asunto. Estas afirmaciones se reiteran en el artículo 1.3 del Reglamento Bruselas II ter, relativo al ámbito de aplicación: “*los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución*”.

13. En suma, el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter regula el procedimiento de restitución tras un traslado o retención ilícito de un Estado miembro de la UE a otro, completando las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980. Este nuevo Capítulo amplía y ordena las normas anteriormente contenidas en el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis, pero sin modificar su objetivo²⁵. En la nueva y detallada regulación recogida en el texto de 2019 el legislador de la UE ha intentado resolver algunos de los problemas de funcionamiento detectados en la práctica, aunque manteniendo el sistema anterior, muy particularmente, el mecanismo de prevalencia o de última palabra.

III. Un segundo aspecto: las normas de competencia judicial internacional

14. Un segundo ámbito que, como es sabido, cuenta con una referencia especial a los casos de sustracción internacional de menores es el sector de la competencia judicial internacional²⁶. De esta manera, y tal como ya prevé el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, cuando se produzca un traslado o retención ilícita de un Estado miembro de la UE a otro se continúa manteniendo la atribución de la competencia en materia de responsabilidad parental en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita, salvo la concurrencia de unas condiciones muy tasadas²⁷.

15. El foro en materia de sustracción internacional de menores del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis se mantiene en términos prácticamente idénticos, pasando a estar recogido en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter.

16. De esta suerte, los preceptos señalados diseñan un sistema de doble competencia con una regla general seguida de dos excepciones: la regla general consiste, precisamente, en el mantenimiento

²⁵ A. BORRÁS: “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 173.

²⁶ Para un estudio exhaustivo sobre las normas de competencia judicial internacional recogidas en los Reglamentos Bruselas II bis y ter en relación con la responsabilidad parental vid., por todos, M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 97 y ss.

²⁷ En profundidad sobre el foro en materia de sustracción internacional de menores vid. D. CARRIZO AGUADO: “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, v. 12, 2020, pp. 267-782.

de la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor, seguida de dos excepciones en las que se permite el cambio de la jurisdicción en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor, siempre que se cumplan unos requisitos muy tasados. En primer lugar, que el menor haya adquirido su residencia habitual en otro Estado miembro, y además que

“a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor; esté integrado en su nuevo entorno”.

17. Esta exigencia de integración del menor viene modulada por el propio precepto al exigir, en línea con lo que también hace el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis que, además de la mencionada integración *“se cumpla alguna de las condiciones siguientes”*. Es, precisamente en estas condiciones en las que encontramos una mínima modificación en el nuevo texto reglamentario.

- 1) En primer lugar, y tal como establece el apartado i) de la letra b) del artículo 9, y en línea con el mandato del artículo 10.b) i) del Reglamento Bruselas II bis, *“que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor; no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor”*.
- 2) En segundo lugar, como precisa el apartado ii) de la mencionada letra b) del artículo 9 del texto de 2019, en línea con lo dispuesto en el artículo 10.b) ii) del Reglamento Bruselas II bis, *“que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo fijado en el inciso i),*
- 3) Los apartados iii) y iv) del artículo 9.b) del Reglamento Bruselas II ter constituyen novedades respecto del tenor del texto del Bruselas II bis. El apartado iii) exige *“que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario”*. Y, el iv), por su parte, requiere *“que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos;*
- 4) Por último, el apartado v) del artículo 9.b) del texto de 2019 resulta coincidente con el iv) del artículo 10.b.iv) del Reglamento 2201/2003: *“v) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implique la restitución del menor.”*

18. Siendo el modelo diseñado continuista, un punto adicional merece ser destacado. Frente al sistema de 2003, una de las novedades introducidas en materia de sustracción internacional de menores es la referencia recogida en el artículo 9 del Reglamento Bruselas II ter a *“sin perjuicio del artículo 10”* que, recordemos, refiere a la elección del órgano jurisdiccional. Esta mención, que no se encuentra presente en el texto de Bruselas II bis, abre la posibilidad de que los progenitores pacten el foro en materia de responsabilidad parental, en los términos del apuntado artículo 10 del Reglamento Bruselas II ter. La prórroga de la competencia en un contexto de sustracción de menores puede ser muy útil, por ejemplo, en aquellas ocasiones en las que las partes hayan llegado a un acuerdo amistoso que requiera la homologación por parte del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo. Concre-

tamente, en el caso en el que el acuerdo se haya llevado a cabo en el Estado en el que se encuentra ilícitamente el menor²⁸.

19. Con esta nueva posibilidad se estaría haciendo frente al problema del fraccionamiento de la competencia judicial internacional para la homologación de los acuerdos de mediación en casos de sustracción internacional de menores, cuando dicho acuerdo se alcanza no solo sobre la restitución o no del menor, sino también, en materia de responsabilidad parental²⁹. Aunque la doctrina ya había buscado vías de solución parciales a través de la prórroga de la competencia del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis y la transferencia de la competencia a un órgano mejor situado para conocer del asunto del artículo 15 del citado instrumento³⁰, se había reclamado una solución más clara en este sentido³¹. Y lo cierto es que el nuevo Reglamento Bruselas II ter se refiere expresamente a esta problemática, ofreciendo una solución.

IV. Las mejoras en el proceso de restitución como tercer elemento de cambio

20. Las previsiones del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan a estar recogidas en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en un Capítulo completo – el Capítulo III- facilitando la comprensión y la lectura del texto reglamentario. La reforma mantiene, fundamentalmente, la lógica del régimen anterior en lo relativo al régimen de restitución del menor: esto es, la introducción de ciertas normas procesales que modulan la aplicación del procedimiento de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

21. Ahora bien, a partir de esta premisa, el legislador de la UE ha introducido ciertas modificaciones con el objetivo de depurar diversas deficiencias detectadas en el procedimiento de retorno del menor, buscando con ello, mejorar su eficacia en la práctica.

1. La aclaración sobre la edad del menor

22. El artículo 22 del nuevo Reglamento Bruselas II ter, en sintonía con el Convenio de La Haya de 1980, aclara que el retorno del menor “*con arreglo al Convenio de La Haya de 1980*” solo podrá solicitarse si el menor tiene menos de dieciséis años. Con este precepto el Reglamento se alinea con lo previsto en el Convenio de La Haya de 1980, cuestión que en el régimen anterior podía resultar dudosa, ya que el Reglamento Bruselas II bis no recoge un concepto del menor.

23. El precepto es claro, en este sentido, al afirmar que los artículos 23 a 29 y el Capítulo VI del presente Reglamento “*serán de aplicación y complementarán el Convenio de la Haya de 1980*” cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia “*solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de La Haya 1980 una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miem-*

²⁸ En este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV.: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Civitas-Thomson Reuters*, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 389.

²⁹ Sobre esta problemática vid. 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 MONZONÍS y P. QUINZÁ REDONDO (eds.): *Tratado de mediación. Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 43-66.

³⁰ Al respecto vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS: *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 301 y ss.

³¹ Esta posibilidad había sido reclamada por la doctrina para facilitar los acuerdos de mediación. En este sentido vid. M.C. CHÉLIZ INGLÉS: “Novedades introducidas por la refundición del reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en L. GARCÍA ÁLVAREZ, y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (Coords): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 47.

*bro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos*³².

2. La celeridad, la urgencia y la especialización de los procedimientos de retorno

24. Una de las prioridades esenciales en los procedimientos relativos a un traslado o retención ilícita de un menor es la rápida resolución del caso. Por este motivo, el Convenio de La Haya de 1980 recoge la regla general del retorno inmediato del menor, acompañada de la orientación de la resolución del caso en un plazo máximo de 6 semanas³³. Este plazo fue introducido por el Reglamento Bruselas II bis como una obligación para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros³⁴. Sin embargo, el legislador de la UE, en la Propuesta de Refundición de la Comisión de 2016, detectó como una de las deficiencias principales en materia de responsabilidad parental el procedimiento de retorno y su falta de efectividad³⁵. En respuesta a este problema, la Comisión planteó una serie de medidas para mejorar la eficacia del procedimiento de retorno del menor en la práctica. Principalmente, propuso la concentración de la jurisdicción para supuestos de sustracción internacional de menores³⁶, la limitación de los recursos³⁷ y de la duración del proceso³⁸ y la mejora de la cooperación entre autoridades³⁹.

25. No todas las medidas propuestas han superado el proceso de negociación. Y algunas de ellas se han mantenido de una forma indirecta, quedando relegadas a los Considerandos, y desapareciendo del articulado. Esto es, finalmente las propuestas de la Comisión han quedado integradas como pautas para una aplicación correcta de las normas en materia de sustracción internacional de menores. Por este motivo, se ha resaltado la apuntada naturaleza didáctica de la nueva regulación en la materia, aunque, no obstante, se ha cuestionado el valor jurídico de estos Considerandos, ya que carecen de valor normativo⁴⁰.

A) La concentración y la especialización de la jurisdicción

26. Una de las medidas introducidas en aras a mejorar la eficacia de los procedimientos de restitución de menores es la concentración de la competencia en materia de sustracción internacional de menores. El objetivo es asegurar una mayor eficacia y aceleración de los procesos, garantizado por la mayor experiencia que los jueces competentes tendrán en los procedimientos de retorno. Así, junto con la concentración se está realizando una correlativa apuesta por la especialización de los órganos jurisdiccionales.

27. El Considerando 41 del Reglamento Bruselas II ter recoge la recomendación del legislador de la UE, dirigida hacia los Estados miembros, de que consideren la posibilidad de concentrar la competencia relativa a los procedimientos de restitución de menores en virtud del Convenio de La Haya de 1980, de un modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales. El tenor es claro:

“a fin de concluir los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 lo más rápidamente posible, los Estados miembros deben considerar, de modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la posibilidad de concentrar la competencia relativa a este tipo de procedimientos en el menor número posible de órganos jurisdiccionales.” Añadiendo, en este sentido que, *“la competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único*

³² Art. 22 del Reglamento Bruselas II bis.

³³ Vid. art. 11 del Convenio de La Haya de 1980.

³⁴ Vid. art. 11.3 del Reglamento Bruselas II bis.

³⁵ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 3.

³⁶ Vid. *Ibid.*, art. 22 y Considerando 26.

³⁷ Vid. *Ibid.*, art. 25.4.

³⁸ Vid. *Ibid.*, art. 23.1 y 32.4.

³⁹ Vid. *Ibid.*, art. 25.1 a) y Capítulo V.

⁴⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, pp. 386 y 387.

órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando como punto de partida, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación y concentrando la competencia respecto de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un tribunal de apelación.”

28. Así, la medida de armonización parcial propuesta por la Comisión en 2016⁴¹, ha quedado finalmente incorporada como una mera recomendación en forma de Considerando, con un valor jurídico dudoso, pero claramente indicativo. Habrá que ver si los Estados miembros acogen esta medida en sus legislaciones nacionales. Por lo pronto, este mandamiento presente en los Considerandos del Reglamento ha sido acogido mayoritariamente como positivo tanto por la doctrina⁴² como por las propias instituciones de la UE⁴³. De hecho, se trata de una de las recomendaciones enunciadas por la Conferencia de La Haya⁴⁴. Y, en el caso concreto de España, la reforma española de 2015 en materia de sustracción internacional de menores introduce ya la especialización de los Tribunales y la concentración de la competencia⁴⁵.

B) La limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor

29. Un segundo bloque de medidas adicionales para conseguir una mayor celeridad de los procedimientos en materia de sustracción internacional de menores son aquellas relacionadas con la limitación de la duración del procedimiento de retorno del menor. Particularmente, mediante la formulación de dos acciones fundamentales: la fijación de un plazo definido para la resolución del procedimiento y la limitación de la apelación a un recurso⁴⁶.

30. i) Respecto a la duración del procedimiento, tanto el Convenio de La Haya de 1980, de forma orientativa, como el Reglamento Bruselas II bis, de forma imperativa, establecen un plazo de seis semanas para la resolución del procedimiento sobre el retorno del menor⁴⁷. Pese a la existencia de este plazo, las estadísticas parecen reflejar que los procedimientos de retorno, en la práctica, sufren importantes retrasos, superando el plazo de seis semanas⁴⁸. A lo anterior se suman las cuestiones sobre el alcance

⁴¹ En la Propuesta de la Comisión de 2016 esta proposición venía incorporada en el articulado. Concretamente, dicha exigencia de concentración de la competencia se contenía en el artículo 22 de la Propuesta, que precisaba que los Estados miembros garantizarán que se concentre la competencia en un número limitado de órganos jurisdiccionales que serán comunicados por cada Estado miembro a la Comisión.

⁴² 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*, v. 69, n.º 1, 2017, p. 143; M. A. GANDÍA SELLENS: “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”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 801 y 802; 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”, *University of Aberdeen, Working Paper 6*, 2016. Versión *on line* disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_6_revised.pdf, último acceso el 7.4.2020, pp. 2-3; J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores*, Sepín, Madrid, 2020, p. 208.

⁴³ Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) [COM (2016) 411 final – 2016/0190 (CNS)], párrafo 2.13.

⁴⁴ Véase Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores. Parte II: medidas de aplicación, 2003, punto 5.

⁴⁵ Véase artículo 778 *quater* de la LEC.

⁴⁶ Estas medidas fueron ya propuestas por la Comisión en su Propuesta de 2016, y han sido finalmente incorporadas en el articulado del texto definitivo del Reglamento Bruselas II ter. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 23.1 y 32.4.

⁴⁷ Vid. Art. 11 del Convenio de La Haya de 1980 y art. 11.3 del Reglamento Bruselas II bis.

⁴⁸ De hecho, en la Propuesta de la Comisión de 2016 se indica que la duración media de resolución de los procedimientos de retorno es de 165 días. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 14. Igualmente vid. N. LOWE Y V. STEPHENS: “Part I- A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of International Child Abduction- Global Report”, *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child*

del plazo de seis semanas previsto en la regulación actual. En concreto, ha surgido la duda sobre si dicho plazo es para todas las instancias o tan solo para la primera.

31. Frente a todas estas cuestiones surgidas en la práctica, desde una perspectiva más realista, el legislador de la UE ha optado por incorporar un plazo más largo, de seis semanas para cada instancia, fijando un diseño de dieciocho semanas máximo. De esta manera, el nuevo artículo 24 del Reglamento Bruselas II ter, bajo la rúbrica “*procedimiento judicial acelerado*” establece que:

“el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor a que se refiere el artículo 22 actuará con urgencia en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional”⁴⁹.

32. Este mandato viene articulado en los apartados 2 y 3 del citado precepto en los que se establecen un plazo de seis semanas para la resolución de la primera y segunda instancia, salvo que concurren circunstancias excepcionales. Concretamente, en primera instancia el plazo se concreta en seis semanas desde la iniciación del procedimiento “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”⁵⁰. Mientras que, en segunda instancia, se afirma que, de nuevo, “*salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, los órganos jurisdiccionales de nivel superior dictarán resolución a más tardar seis semanas después de que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios y el órgano jurisdiccional esté en condiciones de examinar el recurso, bien mediante audiencia o bien de otro modo*”⁵¹.

En relación con este último punto, el Considerando 42 del nuevo texto reglamentario aclara que dichos trámites pueden incluir, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, “*la notificación del recurso al demandado, bien en el Estado miembro en el que se encuentra el órgano jurisdiccional o bien en otro Estado miembro, el envío del expediente y el recurso al órgano jurisdiccional de apelación en los Estados miembros en los que el recurso se ha de presentar ante el órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre, o la solicitud de una parte de que se convoque una audiencia si la legislación nacional requiere tal solicitud*”.

33. A estas doce semanas, el artículo 28.2 del Reglamento Bruselas II ter añade otras seis semanas para el proceso judicial de ejecución. En caso de que la ejecución no se haga efectiva en dicho plazo, la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán el derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución los motivos del retraso⁵². Además, y siguiendo en sede de ejecución, y de nuevo, buscando una resolución más eficaz de los procedimientos de retorno, el artículo 27.6 del Reglamento Bruselas II ter permite la ejecución provisional de las resoluciones de retorno, aunque esté pendiente un recurso, condicionado a que responda al interés superior del menor.

34. Con vistas a asegurar la máxima celeridad de la resolución de los casos de sustracción internacional de menores, además de introducir medidas en sede judicial, es esencial, a su vez, prestar atención a la fase administrativa previa, y en concreto, a la labor de las autoridades centrales. De conformidad con el artículo 23 del Reglamento Bruselas II ter, la autoridad central requerida deberá actuar con urgencia “*en la tramitación de las solicitudes, basadas en el Convenio de La Haya de 1980, a las que se refiere el artículo 22*” del Reglamento⁵³. Además, cuando la solicitud se reciba por parte de la

Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, HCCH, octubre de 2017. Versión *on line* disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>, último acceso el 23.10.2021.

⁴⁹ Art. 24.1 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁰ Art. 24.2 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵¹ Art. 24.3 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵² Sin embargo, no se ha introducido la obligación de los Estados miembros de proporcionar información sobre el número de supuestos que no son ejecutados en el plazo de seis semanas, recogida en la Propuesta de la Comisión de 2016. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 79.2 letra b.

⁵³ Art. 23.1 del Reglamento Bruselas II ter.

autoridad central del Estado miembro requerido, deberá acusar recibo de ella en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud. Procediendo a informar “*sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente o al solicitante, según corresponda, de las gestiones iniciales que se hayan realizado o se vayan a realizar para tramitar la solicitud, y podrá solicitar cualquier otro documento o información necesarios*”⁵⁴.

No obstante, no se establece un plazo máximo para la resolución de esta fase administrativa, plazo que sí se preveía en la Propuesta de la Comisión de 2016⁵⁵. Este último plazo dirigido a las autoridades centrales suponía una novedad respecto a la regulación vigente, garantizando la celeridad en una fase esencial del procedimiento de retorno. Tampoco se ha resuelto la reivindicación de una mayor asignación de recursos materiales y personales para garantizar en la práctica el efectivo cumplimiento de las funciones asignadas a las autoridades centrales.

35. En general, la doctrina observa la ampliación del plazo de seis semanas como una respuesta pragmática a las deficiencias detectadas en la práctica⁵⁶. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, se ha destacado la falta de consecuencias derivadas de la eventual inobservancia del plazo en las diferentes instancias, teniendo en cuenta, además, que la obligación de informar se exige solo para el procedimiento de ejecución. En tal sentido, y considerando la inobservancia generalizada que se ha detectado en la práctica, se duda de que estos nuevos plazos se vayan a respetar⁵⁷. A su vez, otro sector doctrinal ha criticado la ampliación de los plazos, ya que no se considera que garanticen una mayor efectividad ni rapidez. Más bien al contrario, se entiende que esta ampliación relajará la tensión de los jueces, lo que provocará un incumplimiento de los nuevos lapsos previstos⁵⁸.

36. ii) Una segunda medida tendente a acelerar la resolución definitiva sobre el retorno del menor refiere a la limitación a un solo recurso contra la resolución, por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Una vez más, la tramitación del procedimiento de reforma del Reglamento dio lugar a alteraciones significativas. Así, mientras que en la Propuesta de la Comisión de 2016 la limitación a un recurso se recogía en el artículo relativo al procedimiento de restitución del menor, finalmente esta propuesta ha quedado ahora ubicada en los Considerandos del Reglamento⁵⁹. En efecto, el Considerando 42 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter se limita a señalar a apuntar, con carácter meramente potencial, que “*los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980*”.

Consecuentemente, con la nueva regulación estará en manos de los Estados miembros limitar o no los recursos, aunque, al menos, sí ha sido posible armonizar los plazos máximos de resolución de cada instancia judicial. Esta medida, en su inclusión en la Propuesta de la Comisión de 2016, había recibido una valoración positiva por la doctrina, a pesar de advertir sobre la poca claridad del precepto al no explicitar si la apelación en casación está incluida o no⁶⁰.

⁵⁴ Art. 23.2 del Reglamento Bruselas II ter.

⁵⁵ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, artículo 63.1.g.

⁵⁶ En esta línea E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 143; M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, pp. 801 y 802; P. BEAUMONT, L. WALKER, y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast...”, *cit.*, p. 3.

⁵⁷ Véase M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 808.

⁵⁸ J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *cit.*, pp. 219 y ss.

⁵⁹ El artículo 25.4 de la Propuesta de Refundición de 2016 explicitaba de forma taxativa que, “*contra la resolución por la que se ordena o se deniega la restitución del menor, solo cabrá un recurso*”.

⁶⁰ En esta línea M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, pp. 807-808; GEDIP: *Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction*, Milán, 16-18 septiembre de 2016, apartado II. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/Bx2b-ResPar-ENG-Final2.pdf>, último acceso el 7.10.2021; SUBGRUPO NACIONALIDAD DEL GEDIP: *Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411 final)*, párr. 14. Versión *on line* disponible en <https://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf>, último acceso el 7.10.2021.

3. Las novedades en las modificaciones procesales del Convenio de La Haya de 1980

37. El Reglamento Bruselas II ter contiene varios preceptos relativos al procedimiento de retorno del menor. No obstante, las modificaciones procesales introducidas en el nuevo texto de Bruselas II ter en relación con el artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis pasan ahora a estar recogidas, principalmente, en el artículo 27 del nuevo texto, bajo la <rúbrica “*procedimiento de restitución de un menor*”, incorporando diversas novedades relevantes.

A) El derecho del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución

38. Una primera cuestión a abordar es la relativa al derecho del menor a expresar sus opiniones. Este derecho ha ido adquiriendo paulatinamente un mayor reconocimiento y protagonismo gracias a la codificación y desarrollo del elenco de derechos de los menores. Sin embargo, y a pesar de su reconocimiento general, su desarrollo práctico es muy desigual en la propia Unión Europea y no está exento de problemas⁶¹.

39. En contraste con la posición mantenida en el Reglamento Bruselas II bis, caracterizada por escasas – y esporádicas- referencias en su articulado al derecho de audiencia del menor⁶², el nuevo Reglamento Bruselas II ter incorpora una apuesta decidida a favor de que el menor sea oído en los procesos que le afectan. Una apuesta que se plasma en la existencia de una solución genérica para todos los procesos en materia de responsabilidad parental, recogida en el artículo 21 del Reglamento 2019/1111⁶³. Y otra referida específicamente a los supuestos de sustracción de menores⁶⁴.

40. En relación con esta última, en el Capítulo III del Reglamento Bruselas II ter, relativo a la sustracción internacional de menores, se vuelve a hacer referencia a la audiencia del menor con carácter específico para los procedimientos de restitución. En este sentido, el artículo 26 del nuevo Reglamento establece que el artículo 21 del mismo texto, recordemos, relativo al derecho del menor a expresar sus opiniones, será plenamente aplicable a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980.

41. Se trata de un elemento que ya se encuentra presente en el Reglamento Bruselas II bis, el cual, recordemos, recoge en su artículo 11.2 la obligación de la audiencia del menor como modificación procesal respecto al funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980. Siguiendo esta línea, el legislador de la UE refuerza la figura de la audiencia del menor en los procedimientos de sustracción internacional de menores, dedicando un precepto, exclusivamente, para constatar la plena aplicación del

⁶¹ De hecho, la Propuesta de la Comisión de 2016 identifica el derecho de audiencia del menor como una de las seis deficiencias principales en el funcionamiento práctico del Reglamento Bruselas II bis. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 5.

⁶² Principalmente, *vid.* en este sentido, art.11.2, relativo al procedimiento de retorno del menor; el art. 23 b), relativo a una casusa de denegación al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental: Considerando 20 del Reglamento Bruselas II bis.

⁶³ Art. 21 del Reglamento Bruselas II ter: “1. En el ejercicio de su competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo, los órganos jurisdiccionales 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.

2. 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”.

Situado en la Sección 3ª- *Disposiciones comunes*- del Capítulo II, relativo a la competencia judicial internacional. *Vid.* igualmente el Considerando 39.

⁶⁴ Recordemos la importante de la oposición del menor como causa de excepción al retorno articulada en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. Sobre los problemas en relación con la misma *vid.*, por todos, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores. algunas cuestiones controvertidas”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 198 y ss.

derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en los procedimientos de restitución. Si bien esta referencia expresa a la necesidad de audiencia del menor para los procedimientos de sustracción internacional de menores resulta de alguna manera reiterativa, lo cierto es que debe ser acogida positivamente, como una reiteración por parte del legislador de la ineludible necesidad de escuchar al menor, incluso en este tipo de procedimientos, caracterizados por su condición sumaria.

42. Además, y a pesar del hecho de reiterar el mandato del artículo 21 del nuevo texto reglamentario en relación con la audiencia del menor, el precepto parece ir más allá. Su lectura permite observar como el resultado final supone una mejora de la protección del derecho frente a la regulación del Reglamento Bruselas II bis por distintos motivos.

- 1) En primer lugar, se hace referencia al derecho de audiencia del menor en todo procedimiento en materia de sustracción internacional de menores, y no solo, como se recogía en el Reglamento Bruselas II bis, para los supuestos en los que se apliquen las excepciones de los artículos 12 y artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. Con esta referencia genérica se altera la perspectiva, exigiendo que, como principio fundamental, en todo procedimiento de retorno se dé al menor la posibilidad de ser escuchado, salvaguardándose de esta suerte su cumplimiento.
- 2) En segundo lugar, el Reglamento Bruselas II ter mejora y corrige, significativamente, el sistema de certificados en cuanto al control del respeto del derecho de audiencia del menor. Para ello, el nuevo Reglamento prevé dos certificados diferenciados, uno para los procedimientos de retorno del menor de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 y otro para las resoluciones de retorno resultantes del mecanismo de prevalencia⁶⁵. De manera que, en este segundo supuesto, si no se ha ofrecido al menor la oportunidad de expresar sus opiniones, el propio certificado remite, directamente, al certificado genérico para las resoluciones en materia de responsabilidad parental⁶⁶, impidiendo, con ello, la aplicación del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de estas resoluciones. Este control reforzado pretende evitar futuras situaciones como la planteada en el supuesto de hecho que dio lugar a la conocida STJUE de 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*⁶⁷ (en adelante asunto *Aguirre Zárraga*).

B) El contacto del menor con el progenitor solicitante del retorno

43. En segundo lugar, y esta vez sí de forma novedosa, el artículo 27.2 del Reglamento Bruselas II ter refiere a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda examinar, en cualquier fase del procedimiento de retorno, si se debe garantizar el contacto entre el menor y la persona que solicita la restitución, posibilidad condicionada, por supuesto, a la plena satisfacción de su interés superior. Se trata de una medida muy demandada desde ciertos sectores que, sin embargo, no había sido introducida en la Propuesta de la Comisión de 2016, siendo incorporada posteriormente, durante el proceso de negociación.

44. La finalidad de la medida es evidente. Se intentan paliar los efectos perjudiciales que genera el transcurso del tiempo en este tipo de procedimientos, asegurando la continuidad del vínculo entre el menor y la persona que solicita la restitución. Con ello, se evita la interrupción del vínculo afectivo del

⁶⁵ Vid. anexos IV, V, VI del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁶ Anexo III del Reglamento Bruselas II ter.

⁶⁷ ECLI:EU:C:2010:828. En relación con la decisión, y entre otras muchas, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS: "El control del Juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011, pp. 1-39; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "STJ (Sala 1.a) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 Ppu, *Aguirre Zárraga y Simone Pelz*", *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 247-251; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Desplazamiento de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído", *Diario La Ley*, n.º 7578, 2011, pp. 1-11.

menor con el otro progenitor, previniendo potenciales situaciones traumáticas en caso de retorno tras un largo período de tiempo en el que previsiblemente se ha perdido el contacto con el progenitor.

45. Aunque es cierto que esta medida ya podía ser adoptada por el órgano jurisdiccional de conformidad con su legislación nacional, su incorporación en el Reglamento Bruselas II ter debe considerarse como un gran acierto. Con este tipo de medidas, el texto reglamentario garantiza una mejor protección del menor en el caso concreto, evitando los efectos nocivos que desencadenan la sustracción internacional de menores y los rígidos procedimientos de retorno. Esta medida, además, cuenta con el valor añadido de permitir alinear al nuevo Reglamento Bruselas II ter con el Convenio de Derechos del Niño, y muy en particular, con el derecho contenido en el artículo 9 del referido texto, relativo al derecho de niño que esté separado de uno o ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario a su interés superior.

C) El refuerzo del retorno seguro del menor

46. En las últimas décadas se ha generado una preocupación creciente en torno a la cuestión de garantizar no solo el retorno del menor, sino, sobre todo, garantizar que dicho retorno sea seguro. Este retorno seguro constituye un reto para las actuales regulaciones en materia de sustracción internacional de menores, centradas en y articuladas sobre, fundamentalmente, mecanismos de retorno automáticos. Además, el retorno seguro del menor ha adquirido, aún si cabe, una mayor importancia, al aumentar paralelamente la concienciación sobre ciertos problemas sociales como la violencia doméstica y/o de género⁶⁸.

47. Dentro de las diversas facetas que deben contribuir a asegurar un retorno seguro para el menor, el legislador de la UE ha incidido, dentro del procedimiento de retorno de éste, en facilitar la adopción de medidas de protección, tanto por parte del Estado miembro de origen como, como gran novedad, por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

a) La comprobación de la adopción de las medidas de protección en el Estado miembro de origen en casos de grave riesgo del menor

48. En el marco de la problemática respecto al retorno seguro del menor destaca la modificación procesal introducida en su día por el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis, la cual se recoge ahora en el artículo 27.3 del nuevo Reglamento. Recordemos que el artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis incorpora el impedimento de denegar el retorno de un menor en base al artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980, siempre que se demuestre que se han adoptado las medidas de protección pertinentes en el Estado miembro de previa residencia habitual del menor para contrarrestar tal situación de riesgo. A pesar de su novedad, este precepto planteó dudas sobre cómo garantizar la efectiva protección de un menor expuesto a una situación de riesgo.

⁶⁸ Sobre la problemática de la sustracción internacional de menores y la violencia de género vid., entre otros: M. REQUEJO ISIDRO: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194; I. REIG FABADO: "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, nº 1, 2018, p. 616; L.A. PÉREZ MARTÍN: "Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas", en R. LÓPEZ SAN LUIS (dir.): *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88; C. RUIZ SUTIL: "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", en M.C. GARCÍA GARNICA Y N. MARCHAL ESCALONA, (dirs.): *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 581-606; M.D. Ortiz Vidal: "Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor", en C. ESPLUGUES MOTA, P. DIAGO DIAGO, Y P. JIMÉNEZ BLANCO: *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337.

49. El legislador de la UE ha optado por mantener esta modificación en el nuevo Reglamento. Ahora bien, ha procedido a abordar igualmente aquellos aspectos más problemáticos del planteamiento de este precepto, sobre todo, en aras a asegurar una mejor protección del menor en riesgo.

50. Así, en primer lugar, se limita la aplicación de esta restricción a los supuestos en los que la única causa alegada sea el grave riesgo del menor, es decir, se invoque el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Junto a ello, en segundo lugar, el legislador de la UE clarifica que la carga de la prueba corresponde a la persona que solicita el retorno, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional pueda llegar a tener conocimiento de la existencia de las medidas de protección por otros cauces. A su vez, en tercer lugar, el nuevo Reglamento Bruselas II ter hace frente a uno de los problemas principales con los que se encontraba el antiguo artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Este problema estriba en la dificultad para el órgano jurisdiccional de verificar la existencia de las medidas de protección en el Estado miembro de residencia habitual del menor, sin la ayuda de las autoridades de dicho Estado.

51. Para facilitar esta tarea, el nuevo Reglamento incide en la posibilidad del órgano jurisdiccional de emplear los cauces de cooperación existentes para averiguar la existencia o no de las medidas de protección. Tal es la importancia de la cooperación en este ámbito que el legislador de la UE introduce un apartado, el 3, en el artículo 27 del nuevo Reglamento exclusivamente para recalcar la posibilidad del órgano jurisdiccional, tanto de recurrir a la comunicación directa como otros cauces de cooperación en materia de responsabilidad parental previstos en los Capítulos V y VI del Reglamento Bruselas II ter.

52. A mayor abundamiento, el legislador de la UE, con objeto de facilitar la aplicación de este precepto en la práctica, introduce en el Considerando 45 del Reglamento Bruselas II ter ciertos ejemplos de disposiciones consideradas como adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Textualmente, señala las siguientes; *“una orden de un órgano jurisdiccional del Estado miembro por la que se prohíba al demandante acercarse al menor; una medida provisional, incluidas las medidas cautelares, de dicho Estado miembro por la que se permita al menor permanecer con el progenitor que lo ha sustraído y que asume su cuidado efectivo hasta que se adopte en ese Estado miembro una resolución sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución; o, en caso de que el menor necesite tratamiento médico, la prueba de que se tiene acceso a los servicios médicos oportunos”*.

b) Las medidas provisionales y cautelares dictadas en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor

53. En la búsqueda de un retorno seguro del menor en supuestos en que haya un potencial riesgo para el mismo en caso de retorno, una reivindicación que se ha planteado en la práctica refiere a la facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor de dictar medidas provisionales.

54. Ciertamente, para que tenga sentido esta medida, tales medidas de protección complementarían la resolución de retorno y deberían acompañar al menor en dicho retorno. Esto es, las medidas de protección dictadas por el órgano jurisdiccional que ordena la restitución deberían ser susceptibles de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro al que retorna el menor. Sin embargo, esta opción no es posible en el sistema del Reglamento Bruselas II bis, ya que las medidas provisionales dictadas por órganos jurisdiccionales no competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento no gozan del régimen de eficacia extraterritorial previsto en el citado texto⁶⁹. Esta limitación ha conducido a un menoscabo de la protección del menor en supuestos de grave riesgo.

⁶⁹ Al respecto vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental ...*, cit., pp. 409 y ss.

55. Estos evidentes problemas fueron detectados por la Comisión Europea, quién intentó darles respuesta en la Propuesta de 2016. Específicamente para los procesos de restitución de menores, la Comisión Europea introducía la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares⁷⁰. Esta opción se ha visto ahora recogida en los actuales artículos 27.5 y 15 del Reglamento Bruselas II ter-. Como novedad frente al sistema anterior, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor no solo tendrán competencia para dictar medidas de protección dictadas ante una situación de grave riesgo del artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980. Sino que, además, dichas medidas podrán ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros, y en concreto, tal y como apunta el Considerando 30 del Reglamento Bruselas II ter, estas medidas permanecerán en vigor hasta que un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor tome las medidas que considere apropiadas.

56. Tal y como explicaba la Propuesta de la Comisión de 2016, la finalidad de este nuevo régimen estribaba en lograr que las medidas provisionales dictadas por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor pudieran “viajar con el menor” al Estado miembro de su residencia habitual, siendo susceptibles de ser reconocidas y ejecutadas en dicho Estado hasta el momento en que los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento se pronunciasen sobre las medidas⁷¹.

57. En este marco, dicha posibilidad vendría a complementar la prohibición dirigida hacia el órgano jurisdiccional competente de dictar una resolución de no retorno basada en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado las medidas de protección adecuadas en el Estado miembro de residencia habitual, previa al traslado o retención ilícito, para garantizar la protección del menor tras su restitución. En este sentido, el Considerando 29 del texto de 2019 explica que, con anterioridad a dictar una resolución de retorno, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor debe comprobar no solo que no se haya adoptado medidas de protección, sino si se podrían adoptar tales medidas.

58. Existen ciertos autores que apuntan al carácter positivo de esta medida, ya que, sin duda, permitirá favorecer el retorno del menor, fortaleciendo a su vez las garantías de protección del menor⁷². Además, estas modificaciones son vistas de manera favorable al alinearse con lo dispuesto en el artículo 11.2 del Convenio de La Haya de 1996⁷³. Sobre todo, se aplaude la inclusión de las medidas provisionales y cautelares en el régimen de reconocimiento y ejecución.

59. Sin embargo, en relación con esta cuestión, también se pusieron de relieve ciertas críticas respecto a la Propuesta de la Comisión. Existiendo distintos autores que llegan a situar la inclusión de las medidas provisionales específicamente en el Capítulo relativo a la sustracción internacional de menores como un retroceso respecto a la regulación actual. Y ello porque se entiende que la redacción del precepto es ambigua respecto a si las medidas provisionales son para ordenar el retorno del menor, o mediante una interpretación poco deseable, precisamente para el no retorno del menor⁷⁴.

Adicionalmente, en relación con las medidas provisionales, una preocupación que aún no ha sido resuelta por el legislador europeo es la protección del progenitor sustractor en supuestos en los que

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 25.1, de conformidad con el art. 12.

⁷¹ La Comisión citaba como ejemplo paradigmático de lo anterior el supuesto de la concesión provisional por el Estado miembro requerido del derecho de visita a uno de los progenitores, que sería ejecutable en el Estado miembro de origen hasta el momento en que se dictara en éste una resolución final en relación con el derecho de visita del menor (COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, p. 15). Otros ejemplos similares se recogen en el Considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter: “*la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas*”.

⁷² En este sentido E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 144.

⁷³ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, p. 11.

⁷⁴ Así lo afirma M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 810.

hay un riesgo de violencia de género. Al respecto, el Parlamento Europeo sugirió añadir tras la expresión “*en caso de urgencia*”, una referencia expresa a los casos de violencia doméstica o de género⁷⁵. Sin embargo, esta enmienda no fue incorporada al texto final.

60. En definitiva, el legislador de la UE ha mejorado la regulación existente, respondiendo a la preocupación creciente por asegurar más que el retorno del menor, un retorno seguro y lo menos traumático posible⁷⁶. Con las nuevas medidas, previsiblemente, en la práctica resultará más sencillo proteger al menor por parte del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. No obstante, perdura como reto pendiente afrontar los procedimientos de retorno en los que se alega violencia doméstica y/o de género. Aunque es cierto que las modificaciones introducidas mejorarán la respuesta a esta problemática, quizá se echa en falta una involucración más directa del legislador de la UE con vistas a clarificar la aplicación de la regulación en materia de sustracción internacional de menores a este tipo de casos, cuestión altamente problemática y delicada que suscita problemas en la práctica.

D) La introducción de la figura de la mediación

61. Junto a todas estas medidas apuntadas, una de las mayores novedades introducidas en la regulación de la sustracción internacional de menores es la inclusión expresa en el nuevo Reglamento de la posibilidad de recurrir a formas alternativas de resolución de litigios⁷⁷. Así, el artículo 25 del Reglamento Bruselas II ter afirma de forma taxativa que, en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, “*lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento*”, invitará a las partes a que consideren si están dispuestas a recurrir a la figura de la mediación o a cualquier otra vía de alternativa de resolución de litigios. Con ello, se atribuye a los Tribunales de un papel activo en la búsqueda de un acuerdo entre las partes, claro reflejo del cambio de filosofía y enfoque del nuevo Reglamento en la materia⁷⁸.

Esta opción presenta ciertas limitaciones articuladas por el propio legislador europeo en el mencionado artículo 24 del Reglamento. Se excepciona, así, el recurso a la mediación y otros medios de resolución alternativa de litigios, si ello puede ser contrario al interés superior del menor, no resulte adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento. Además, de estos supuestos, el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter reitera que la mediación puede no resultar apropiada en todos los casos, mencionando, en particular, los casos de violencia sobre la mujer.

62. Este precepto supone, en definitiva, una manifestación con vocación didáctica, de la voluntad del legislador europeo de fomentar el recurso a las ADR en el seno de la Unión⁷⁹. En esta línea, el legislador de la UE, en un claro intento de fomentar la mediación, señala en el Considerando 43 del texto reglamentario que debe preverse la posibilidad de prorrogar la competencia en favor del órgano

⁷⁵ Véase enmienda 46 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo.

⁷⁶ Igualmente en este sentido A. J. CALZADO LLAMAS: “Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 1, 2021, p. 108.

⁷⁷ Sobre el recurso a la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores *vid.*, por todos, M.C. CHÉLIZ INGLÉS: *La sustracción internacional de menores y la mediación...*, *cit.*

⁷⁸ C. ESPLUGUES MOTA: “El Reglamento Bruselas II ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n. 2, 2021, p. 159.

⁷⁹ En el marco de una tendencia global favorable a la exploración de vías alternativas a los Tribunales estatales, la UE está manteniendo desde hace años una posición marcadamente propicia al fomento de las ADRs o MASC como vías para resolver las controversias que puedan surgir en el espacio jurídicamente integrado que conforma la Unión. En este sentido *vid.*, por todos, 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: *Global Perspectives on ADR*, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 7-16; G. PALAO MORENO: “Cross-border mediation in Spain”, en J.J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.): *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 641.

jurisdiccional que esté conociendo sobre el retorno, de forma que pueda darle efecto jurídico al acuerdo no solo en materia del retorno del menor sino, también, en materia de responsabilidad parental⁸⁰.

63. En relación con esta materia, la doctrina está dividida respecto a la idoneidad o no de la figura de la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores. Un argumento relevante en favor del recurso a la mediación es el evidente cambio de lógica en la resolución del conflicto. Frente a la confrontación de un procedimiento de restitución, se fomenta la cooperación y el acuerdo⁸¹. Otra perspectiva adicional es considerar a la figura de la mediación como un medio de prevención precisamente de los casos de sustracción ilícita internacional, es decir, como una medida *ex ante*⁸².

En sentido contrario, varios autores se muestran cautelosos respecto al potencial uso del instituto de la mediación en supuestos de sustracción de menores⁸³. Entre otros argumentos, su utilización es vista como una oportunidad para una posible estrategia del progenitor sustractor para dilatar el procedimiento y, con ello, retrasar el retorno del menor que, además, resulta muy difícil de detectar en la práctica⁸⁴.

64. Aún aquellos que acogen positivamente la llamada a la mediación advierten, sin embargo, del carácter escaso de su formulación en el nuevo texto reglamentario, al no detallarse el procedimiento a seguir y las garantías necesarias para su desarrollo debido, quizá, a las divergencias entre los Estados miembros en la materia⁸⁵. En el extremo doctrinal opuesto, se alaba, precisamente el carácter flexible y abierto del régimen introducido en el Reglamento Bruselas II ter⁸⁶.

65. Más allá de la, quizás no especialmente sofisticada ni apropiada, formulación del recurso a la mediación introducida en el Reglamento Bruselas II ter, sin duda, el empleo de métodos amigables de solución de conflictos se está incrementando en general en el Derecho de familia tanto en Europa como fuera de ella. En la UE numerosos autores han manifestado la necesidad de desarrollar cauces para facilitar el recurso a la mediación transfronteriza en el seno de los conflictos de familia. En el marco de esta tendencia, también se ha reivindicado la necesidad de impulsar la mediación internacional para supuestos de sustracción internacional de menores⁸⁷.

V. Una oportunidad perdida: el mantenimiento del sistema de retorno con la introducción de medidas para mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia

66. A pesar de los aplaudidos avances señalados en las líneas anteriores, y como último punto, el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de suprimir el cuestionable mecanismo de prevalencia

⁸⁰ La introducción de la mediación para supuestos de sustracción internacional de menores es complementaria a la obligación de la autoridad central de facilitar la resolución amistosa de los conflictos en materia de responsabilidad parental, recogida en el artículo 79.g) del Reglamento Bruselas II ter.

⁸¹ En este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 397.

⁸² Véase J. FORCADA MIRANDA: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepín, Madrid, 2015, p. 15.

⁸³ Entre otros vid. M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 812.

⁸⁴ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, p. 4.

⁸⁵ En esta línea E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 144; P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, pp. 12-13; SUBGRUPO NACIONALIDAD DEL GEDIP: *Comments on the Commission Proposal...*, *cit.*, párr. 26. A este respecto, el Parlamento Europeo enmendó considerablemente el Considerando 28 de la Propuesta de la Comisión de 2016 –relativo a la mediación– llegando a introducir un nuevo Considerando 28 bis relativo a la formación de los mediadores y jueces (Véase enmiendas 14 y 15 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo). No obstante, tales propuestas finalmente no han sido incorporadas en el texto final del nuevo Reglamento. En detalle sobre esta cuestión vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El fomento de la mediación en casos de sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter”, en S. BARONA VILAR (Ed.): *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 399-418.

⁸⁶ J. FORCADA MIRANDA: *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111...*, *cit.*, p. 231.

⁸⁷ En este sentido véase H. FULCHIRON: *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Droit et Justice, Paris, 2005; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS: “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, *Revista bolivariana de derecho*, n.º 20, julio 2015, pp. 192-213.

o de última palabra. No obstante, lo cierto es el legislador de la UE ha intentado clarificar el citado procedimiento especial, depurando y clarificando su funcionamiento.

67. En este sentido, recordemos que los apartados 6 y siguientes del artículo 11 del Reglamento Bruselas II bis introducen un procedimiento especial, también llamado mecanismo de prevalencia o de última palabra. Básicamente, este mecanismo tiene por objetivo asegurar que la decisión última sobre el retorno del menor no recaiga sobre el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor, sino que la decisión corresponda a los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo en virtud del Reglamento Bruselas II bis⁸⁸.

Consecuentemente, este mecanismo desempeña una doble función: por un lado, vigorizar el sistema de competencias en favor del Estado miembro de origen; y por otro, reforzar, aún en mayor medida que el Convenio de La Haya de 1980, el logro del retorno inmediato del menor. Estos objetivos se consiguen, además, mediante la eliminación del *exequátur* de las resoluciones resultantes de este mecanismo, esto es, de las resoluciones del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, certificadas de conformidad con el artículo 42 del mismo texto.

68. Sin embargo, no estamos ante una decisión sin controversias. Desde un inicio, ciertos sectores de la doctrina plantearon sus reticencias respecto a la eliminación del *exequátur* del mecanismo de prevalencia del Reglamento⁸⁹. Con carácter general, la eliminación del *exequátur* se calificó como una medida prematura para la cual el espacio judicial de la UE no estaba suficientemente preparado, debido a la falta de armonización en las normas procesales y materiales, y la consecuente divergencia entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Con carácter específico, se plantea lo confuso que es poner en contradicción dos resoluciones de dos Estados miembros que se han basado en criterios similares, y en última instancia, en el interés superior del menor; de tal manera que, mientras una ordena el retorno, la otra lo deniega.

69. Las dudas y eventuales problemas apuntados no solo se han planteado doctrinalmente, sino que han sido evidenciados por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁹⁰ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹¹. Fundamentalmente, se abrió un debate en torno a la idoneidad de

⁸⁸ En detalle sobre el mecanismo de prevalencia vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ: “La supresión del *exequátur* en el R. 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 3, n.º 1, 2011, pp. 63-83; 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 L. GARCÍA ÁLVAREZ Y J.M. MARTÍN RODRÍGUEZ (Coords): *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 81-94.

⁸⁹ Muy críticos con la eliminación del *exequátur* son M. LÓPEZ DE TEJADA RUIZ: “La supresión del *exequátur* en el espacio judicial europeo”. *Diario La Ley. Sección Tribuna*, n.º 776, 30 de diciembre 2011; R. CARO GÁNDARA: “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”. *Diario La Ley. Sección Doctrina*, n.º 8395, 31 de mayo de 2011; R. ESPINOSA CALABUIG: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 223.

⁹⁰ Principalmente vid. STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828; STJUE de 5.10.2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ: “STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto c-400/10), *J. McB y L. E.*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 241-244; STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI: “STJ (Sala 3.a) de 1 de julio de 2010. As. c-211/10. *D. Povse c. M. Alpagó*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, n.º 2, 2010, pp. 235-238; STJUE de 11.7.2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Igná Rinau*, ECLI:EU:C:2008:406, vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ: “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 2, n.º 2, 2010, pp. 222-235.

⁹¹ Principalmente vid. Vid. STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neulinger y Shuruk c./ Suiza*, TOL2.640.774, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>; STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumania*, TOL2.644.403, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>; STEDH de 12.7.2011, demanda n.º 14737/09, *Sneersone y Kampanella c./ Italia*, TOL2.646.980, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>; STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>; STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>; STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*, TOL6.409.054, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>.

⁹² En esta línea R. ESPINOSA CALABUIG: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro, vol. 68, n.º 2, 2016, p. 352; J. FORCADA MIRANDA: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”. *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p.32. Versión *on line* disponible en www.millenniumdipr.com, último acceso el 8.11.2021.

ponderar de forma más estrecha cuestiones de fondo presentes en este tipo de procesos. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo adopta una interpretación más garantista y sustantiva, centrada en la efectiva consideración del interés superior del menor en el caso concreto, más allá del retorno automático del menor⁹³.

70. Frente a esta problemática, el legislador de la UE ha adoptado una postura continuista, pero abordando los aspectos más problemáticos detectados en la práctica. De entrada, el citado mecanismo se clarifica estructuralmente, puesto que pasa a estar contenido, de forma separada, en el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter, bajo el título “*procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980*”. Tal y como explicita el apartado primero del citado precepto, el mecanismo de prevalencia se activa cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dicta una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado miembro en base únicamente en el artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 –grave riesgo para el menor en caso de retorno- o el artículo 13.2 del citado texto –firme oposición del menor al retorno-.

1. La limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia

71. En el primer apartado del artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter radica una de las principales modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento, como es la limitación, en un doble sentido, del ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia. Por un lado, este mecanismo solo se podrá activar cuando se aleguen las causas relativas al grave riesgo del menor o a la firme oposición del menor al retorno. Y, por otro, se acota a los supuestos en los que los motivos para el no retorno se justifiquen solo en base a una de estas causas⁹⁴. Con ello, se depura y aclara el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, siguiendo las recomendaciones realizadas por la doctrina en esta línea⁹⁵.

72. Esta medida es sumamente importante ya que clarifica el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, y al mismo tiempo, lo restringe. Con ello, se solucionan ciertas dudas que habían surgido en la práctica, como, por ejemplo, si el mencionado mecanismo de prevalencia era de aplicación en supuestos en los que el no retorno se había justificado en más de una causa del Convenio de La Haya de 1980.

73. Además de esta labor clarificadora, esta medida forma parte de un conjunto de modificaciones dirigidas hacia el Estado miembro requerido, ofreciéndole un mayor margen de maniobra, pero a su vez, exigiéndole una mayor diligencia en su actuación. En esta línea, con la nueva regulación, el órgano jurisdiccional que resuelva el no retorno del menor deberá dejar muy claro en base de qué causa del Convenio de La Haya de 1980 se ha centrado su argumentación. Ahora bien, quizá podría haberse introducido de una forma más evidente la obligatoriedad de motivar adecuadamente las resoluciones de no retorno.

⁹³ En relación con la problemática entre el TJUE y el TEDH vid. D. PORCHERON: “La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d’enfant : vers une relation de complémentarité?”, *Journal du Droit International Lexinexis*, t. 142, Juillet- Août-Septembre 2015, 821-844; M. HERRANZ BALLESTEROS: “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, n.º 44, 2012, pp. 41-60; ARENAS GARCÍA, R.: “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n.º 2, 2021, pp. 114 y 115. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en M.C. GARCÍA GARNICA Y N. MARCHAL ESCALONA, (dirs.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 637-658.

⁹⁴ Significativamente, esta modificación supera la sugerida por la Propuesta de la Comisión de 2016. En efecto, la Propuesta se limitaba a exigir al Estado miembro requerido la justificación de la resolución de no restitución del menor. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.

⁹⁵ Véase P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Conflicts of EU Courts on Child Abduction...”, *cit.*, p. 50.

2. La clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia

74. Como complemento de lo anterior, el artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter clarifica las dos situaciones que pueden suscitarse en desarrollo del mecanismo de prevalencia.

75. Una primera situación, cubierta por el artículo 29.3 del texto reglamentario, refiere a la previa existencia, en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita, de un procedimiento relativo al fondo de los derechos de custodia del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución de no retorno, si tiene conocimiento de la existencia de tal procedimiento, transmitirá, bien directamente, bien a través de las autoridades centrales, y en el plazo de un mes desde que se dictó la resolución, los siguientes documentos: una copia de la resolución, el certificado de la misma, y si procede, un acta o resumen de la vista o cualquier otro documento que se considere pertinente⁹⁶.

76. En segundo lugar, el apartado 5 del artículo 29 cubre el caso en que no exista un procedimiento pendiente sobre el fondo de los derechos de custodia del menor. En esta segunda situación se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes inicie tal procedimiento sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita. En este supuesto, las partes cuentan con un plazo de tres meses, a partir de la fecha de la notificación de la resolución de no retorno, para presentar el asunto ante los órganos jurisdiccionales referidos, debiendo presentar la documentación referida para la primera situación.

77. Aunque en términos generales el nuevo artículo 29 del Reglamento Bruselas II ter mantiene las dos situaciones ya previstas en la regulación anterior, se realiza una importante labor clarificadora, siendo la lectura mucho más sencilla que la enrevesada redacción del previo artículo 11 del Reglamento Bruselas II.

3. La vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno y el refuerzo del interés superior del menor

78. En tercer lugar, una aclaración adicional de gran calado en la práctica del mecanismo de prevalencia es la vinculación expresa entre las resoluciones de retorno resultantes de dicho mecanismo y la decisión sobre el fondo en materia de derechos de custodia del menor. Aunque es cierto que en el Reglamento Bruselas II bis ya se señalaba que el mecanismo de prevalencia suponía el inicio de un procedimiento sobre “*la cuestión de la custodia del menor*” en el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita⁹⁷, este extremo no ha acabado de quedar claro en la práctica⁹⁸.

79. Concretamente, el artículo 29.3 del Reglamento Bruselas II ter explicita que el mecanismo de prevalencia o de última palabra se activa cuando se inicie un “*procedimiento para examinar el fondo del*

⁹⁶ Adicionalmente, al amparo del artículo 29.4 del nuevo Reglamento, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor estará facultado para requerir a una parte que facilite una traducción o una transcripción de la resolución a que se refiere el apartado 1, de conformidad con el artículo 91, así como de cualquier otro documento adjunto al certificado de conformidad con el apartado 3, letra c), del propio artículo 29.

⁹⁷ Vid. art. 11.7 del Reglamento Bruselas II bis.

⁹⁸ En este punto no ayudó la argumentación seguida por el TJUE en su sentencia en el asunto *Igná Rinau*, en el que se afirma la necesaria separación entre la resolución de la custodia y la resolución respecto al retorno o no del menor, dando lugar a posibles confusiones. También se llegaron a formular otras interpretaciones poco deseables del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis como, por ejemplo, entender el mecanismo de prevalencia como una segunda instancia para el progenitor que no ha conseguido el retorno del menor; aplicar el 11.8 del Reglamento Bruselas II bis mediante medidas provisionales, interpretación que parecía derivarse de la decisión en el asunto *Povse*; o aplicar el referido precepto mediante un procedimiento sumario. Así lo entiende P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, pp. 4-5.

derecho de custodia”. E, igualmente, en el apartado 6 del artículo 29 del nuevo texto reglamentario se elimina todo margen de duda al reiterar que la resolución resultante del mecanismo de prevalencia, y que gozará del régimen privilegiado de ejecución, es “*cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor*”.

80. Por su parte, el Considerando 48 del Reglamento Bruselas II ter reitera que en este procedimiento sobre el fondo “*deben examinarse minuciosamente todas las circunstancias, incluida, pero no solamente, la conducta de los progenitores, teniendo en cuenta el interés superior del menor*”. Las implicaciones de esta modificación son esenciales, puesto que la prevalencia de la competencia del Estado miembro de origen posee ahora una mayor justificación. De entrada, está el ya conocido argumento de que, en definitiva, el Estado miembro de residencia habitual es el que posee -generalmente- competencia para resolver sobre el fondo, y que, en caso contrario, se estaría favoreciendo una distorsión del sistema competencial, precisamente, debido al traslado ilícito. Además de este clásico argumento, esta modificación se justifica en que, mientras que el Juez requerido realiza un análisis en un procedimiento urgente y expeditivo, el Juez del Estado miembro de origen, por el contrario, resuelve sobre el retorno en el marco de un procedimiento de custodia del menor y tomando en cuenta su interés superior.

81. No obstante, en lo relativo a un mayor énfasis en la protección del menor y su interés superior, la versión definitiva del Reglamento Bruselas II ter ha retrocedido respecto a la Propuesta de la Comisión de 2016⁹⁹. En esta Propuesta se reforzaba con mucha mayor intensidad la consideración del interés superior del menor, mediante la exigencia de un examen exhaustivo del mismo con anterioridad a la redacción de una resolución de custodia que pueda implicar la restitución del menor. Por tanto, el legislador de la UE ha perdido la oportunidad de reforzar la consideración del interés superior del menor.

82. Un segundo aspecto que ha sido omitido en la versión definitiva es la exigencia de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor -previa al traslado o retención ilícita- tuviera en cuenta “*las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”¹⁰⁰. Esta obligación tenía por objetivo reforzar la cooperación y la confianza entre los Jueces entre ambos Estados de la UE implicados, intentando superar los problemas de desconfianza detectados en la práctica diaria. Por ello, no es muy comprensible la razón de su supresión en la versión definitiva. Ahora bien, esta cuestión sí se encuentra recogida en el Capítulo relativo al régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones de retorno¹⁰¹.

83. Con todo, la vinculación entre las decisiones custodia y las resoluciones de retorno ha sido acogida positivamente, puesto que explicita la necesaria relación entre ambas decisiones¹⁰². Este extremo constituye la piedra angular que fundamenta el sentido del mecanismo de prevalencia o de última palabra. En efecto, el objetivo inicial del legislador de la UE fue reforzar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, competente para resolver sobre el fondo, sobre la responsabilidad parental del menor. Es este razonamiento el que

⁹⁹ Concretamente, se introducía la obligación dirigida al Juez del Estado miembro de residencia habitual del menor – previa al traslado o retención ilícita – de examinar “*la cuestión de la custodia del menor teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor*”. Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.4.

¹⁰⁰ Véase COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 26.4.

¹⁰¹ Concretamente, una de las condiciones para expedir el certificado del artículo 47.4 del Reglamento Bruselas II ter es que el órgano jurisdiccional haya tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se basa la resolución anterior dictada en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 por el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor.

¹⁰² M. A. GANDÍA SELLENS: “La responsabilidad parental y la sustracción...”, *cit.*, p. 803; P. BEAUMONT, L. WALKER, Y J. HOLLIDAY: “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast ...”, *cit.*, pp. 4-5. A pesar del carácter evidentemente positivo de esta aclaración, se ha destacado, no obstante, que sigue concurriendo el problema de los plazos para resolver sobre este procedimiento en torno a la custodia del menor, que se puede alargar considerablemente, dejando al menor durante un amplio periodo de tiempo en el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente. C. GONZÁLEZ BEILFUSS: “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento...”, *cit.*, p. 395.

justifica que dicha resolución tenga preferencia sobre otra resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto el no retorno del menor en un procedimiento sumario de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980. Solo desde esta óptica –procedimiento sobre el fondo *versus* procedimiento sumario– se puede entender el mecanismo de prevalencia y su pretendida utilidad –dejando al margen en este punto las críticas realizadas al mismo¹⁰³.

4. La corrección de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” para las resoluciones de retorno derivadas del mecanismo de prevalencia: el refuerzo de las competencias del Estado miembro requerido

84. En relación con el mecanismo de prevalencia, adquieren una dimensión determinante las modificaciones realizadas en el sector de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras¹⁰⁴. Y ello, atendiendo al debate generado en torno a la eliminación del *exequátur* en términos absolutos de las resoluciones de retorno del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Esto es, las resultantes del mecanismo de prevalencia, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución. Fundamentalmente, este régimen ha demostrado generar problemas, en ciertos supuestos límite, en torno a la efectiva protección de los derechos del menor en el caso concreto¹⁰⁵. A este problematismo, habría que añadirle las tensiones provocadas entre Estados miembros, y la consecuente afectación de la confianza mutua entre administraciones de justicia¹⁰⁶.

85. Frente a estos problemas, el legislador de la UE ha decidido mantener el mecanismo de prevalencia y su régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución, pero, sin embargo, sí se ha introducido una posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, también aplicable para dicho régimen privilegiado. Es decir, se revoca el régimen anterior de eliminación del *exequátur* sin posibilidad de impugnar la ejecución de la resolución en el Estado miembro requerido. Con ello, se introduce un cierto margen de maniobra en el Estado miembro requerido para, ante una situación excepcional, valorar el interés superior del menor en el caso concreto y suspender, o en última instancia, denegar, la ejecución de una resolución de retorno derivada del mecanismo de prevalencia.

86. Esta nueva posibilidad iría encaminada a resolver los problemas detectados, sobre todo, en la jurisprudencia del TJUE en casos de sustracción internacional de menores, relacionados con la excesi-

¹⁰³ A pesar de estas modulaciones del mecanismo de prevalencia, un sector amplio de la doctrina sigue mostrándose muy crítico con dicho mecanismo, insistiendo en que el legislador europeo no ha corregido los problemas que acompañan al artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. Se llega a afirmar que, más que preocuparse por el interés superior del menor, se está resolviendo el equilibrio de competencias entre Tribunales dentro de la UE. E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *cit.*, p. 146.

¹⁰⁴ Vid. Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter. En profundidad sobre las modificaciones en el régimen de reconocimiento y ejecución en el Reglamento Bruselas II ter vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN: *Menor y responsabilidad parental ...*, *cit.*, pp. 331 y ss.

¹⁰⁵ En relación con esta problemática vid. N. MARCHAL ESCALONA: “Supresión del *exequátur* en las resoluciones de restitución de menores vs. Derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ Y N. CORNAGO-PIRIETO (coord.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 631-640; M. GONZÁLEZ MARIMÓN: “El “diálogo” entre el TJUE ...”, *cit.*, pp. 81-94.

¹⁰⁶ Están de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia menoscaba el principio de confianza mutua, entre otros: P. MCELEAVY: “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, n.º 53, 2004, p. 510; B. ANCEL Y H. MUIR WATT: “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue Critique de Droit International privé*, v. 94, n.º 4, 2005, p. 602.; T. KRUGER Y L. SAMYN: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, v. 12, n.º 1, 2016, p. 158; R. ESPINOSA CALABUIG: *Custodia y visita de menores...*, *cit.*, p. 223; E. RODRÍGUEZ PINEAU: “La oposición al retorno...”, *cit.*, p. 17. Sin embargo, no toda la doctrina es tan crítica con el mecanismo de prevalencia o de última palabra. Para una visión diferente vid. L. CARPANETO: “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. 50, n.º 4, 2014, pp. 931-958.

va rigidez del mecanismo de prevalencia ante una modificación significativa de las circunstancias desde que se dictó la resolución de retorno hasta el momento de la ejecución¹⁰⁷.

87. Así pues, la cuestión de cómo afrontar un cambio sustancial de las circunstancias, particularmente en supuestos de aplicación del mecanismo de prevalencia ante un caso de sustracción internacional de menores, se resuelve en el nuevo Reglamento mediante la introducción de la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución, recogida en el artículo 56.4 del nuevo texto reglamentario. Concretamente, el precepto señala que, “*en casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor; el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias*”.

En el supuesto de producirse la referida suspensión de la ejecución, añade el apartado 6 del artículo 56 del Reglamento, ésta deberá reanudarse en cuanto cese el riesgo grave de daño físico o psíquico del menor. Si el riesgo fuera permanente y no cesase, por contar éste con un “*carácter duradero*”, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución estará, finalmente, facultado para denegar la ejecución de la resolución en cuestión.

88. Esta ha sido la solución finalmente adoptada, en contraste con la Propuesta de la Comisión de 2016, que apostó por la introducción de una causa de denegación a la ejecución, de aplicación excepcional¹⁰⁸. Aunque, finalmente, se haya optado por la fórmula técnica de la suspensión de la ejecución solicitada, quizá no sea desacertado seguir hablando de la existencia en el sistema articulado por el Reglamento Bruselas II ter de una cláusula de cierre: una suerte de cláusula de orden público que actúa como último garante del interés superior del menor y que sirve para dotar de un grado adicional de flexibilidad al modelo del Reglamento.

89. El legislador de la UE está revocando la eliminación absoluta del *exequatur* que había diseñado para el mecanismo de prevalencia del artículo 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. El Estado miembro requerido contará, por tanto, con un cierto margen de maniobra, reestableciendo un cierto equilibrio en el reparto de competencias entre Estado miembro de origen y Estado miembro requerido. Con ello, el nuevo Reglamento responde a las críticas derivadas de la interpretación formalista del TJUE, y opta por prever una solución para supuestos excepcionales en los que el interés superior del menor en el caso concreto recomienda la no restitución del menor, siguiendo el criterio del TEDH. También se puede constatar que la postura de la Comisión Europea es más garantista respecto a la protección de los derechos fundamentales, y en concreto, de los derechos del menor. Con ello, se acerca a los estándares tanto del TEDH como del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁰⁹.

90. Ahora bien, no debemos olvidar que la práctica no funciona siempre tal y como desearía la teoría. Y en este sentido, la suspensión de la ejecución no es una excepción. Ya respecto a la Propuesta de Refundición de 2016, numerosos autores advirtieron del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor¹¹⁰. Aunque la suspensión de la ejecución está acotada en mayor medida que la propuesta de 2016, igualmente, surgirán problemas interpretativos en torno a los límites de esta suspensión. Y es que, en el fondo de todos los planteamientos se sitúa el principio del interés superior del

¹⁰⁷ Vid. nota a pie n. 86.

¹⁰⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA: “Propuesta...”, *cit.*, art. 40.2.

¹⁰⁹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: “Observación General n.º 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013, CRC/C/GC/14.

¹¹⁰ M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 782.

menor, que, en última instancia, es susceptible de justificar tanto el retorno como el no retorno. Al ser un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

91. Esta cuestión de gran sensibilidad desafía principios esenciales para la integración de la UE como el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros. Por ello, quizás, y aprovechando la supresión del *exequátur* en general para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹¹¹, hubiera resultado una opción más acorde con los principios de la UE suprimir el mecanismo de prevalencia.

92. Pese a todo lo dicho, lo cierto es que el sistema no estaba funcionando suave y correctamente, tal y como se ha evidenciado tanto por la jurisprudencia del TJUE como del TEDH. Ante esta situación, el legislador de la UE ha dado una respuesta que busca paliar los problemas surgidos en la práctica. Quizás, se quiso correr demasiado mediante la eliminación absoluta del *exequátur* sin ningún motivo de oposición. Ahora, el legislador de la UE parece haber dado, por tanto, un paso atrás, pero sin renunciar al gran avance que supone la eliminación del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

VI. Reflexiones finales

93. En términos generales, se puede afirmar que las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en materia de sustracción internacional de menores mejoran la regulación actual. El legislador de la UE ha intentado buscar el equilibrio entre dos ejes fundamentales: por un lado, la mejora de la protección del interés superior del menor, y por otro, el avance en el procedimiento de integración europea a través del reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

94. Respecto al primer punto, se han introducido numerosas referencias a la necesidad de evaluar cuál es el interés superior del menor, tanto en los procedimientos de custodia como en los procedimientos de restitución de menores. También se ha reforzado el principio de audiencia del menor, como un criterio necesario –entre otros– precisamente para definir el interés superior del menor. A pesar de que estos derechos ya eran exigibles tanto por el sistema de protección de derechos fundamentales de la UE como el del Consejo de Europa, y por supuesto, del Comité de Derechos del Niño de la ONU, la práctica estaba demostrando la dificultad de garantizar estos derechos fundamentales del menor en el marco de conflictos transfronterizos, en especial en supuestos de sustracción de menores¹¹².

95. A pesar del carácter positivo de estos cambios, en la materia específica de la sustracción internacional de menores, el legislador europeo ha perdido la oportunidad de suprimir el problemático mecanismo de prevalencia. Este mecanismo ha demostrado no ser favorable ni a la protección del interés superior del menor ni a la confianza entre los Estados miembros, generando tensiones entre Tribunales de diferentes Estados miembros.

96. En conclusión, y sin perjuicio de que la complejidad del mecanismo de prevalencia perdura, la nueva regulación en materia de sustracción internacional de menores alcanza un mejor equilibrio, tanto en lo referente al reparto de competencias entre Estado miembro competente sobre el fondo y Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor. Como en relación con la asunción del principio

¹¹¹ Vid. Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter.

¹¹² Esta tendencia es una manifestación más de la creciente vinculación del Derecho Internacional privado con la protección de determinados intereses vulnerables. Al respecto vid., entre otros, Espinosa Calabuig, R.: “Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, pp. 1-18; Diago Diago, P., “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, en *Diario La Ley*, n.º 9779, 2021, p. 5.

del interés superior del menor y el juego entre el retorno inmediato del menor y las excepciones al retorno. A pesar de la compleja regulación en la materia, con una debida diligencia de los órganos jurisdiccionales implicados en la resolución del caso, acompañada de una adecuada comunicación entre ellos¹¹³, quizá nos encontremos con la base para el establecimiento de un adecuado clima de confianza entre administraciones de justicia que redunde, en la práctica, en una mejor protección del menor afectado.

¹¹³ Recalca la importancia de reforzar la cooperación entre autoridades para la confianza mutua, R. ARENAS GARCÍA: “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV.: *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 155.

IL PROTOCOLLO N. 16 ALLEGATO ALLA CEDU E LA
FUNZIONE CONSULTIVA DELLA CORTE EUROPEA DEI
DIRITTI DELL'UOMO ANCHE ALLA LUCE DELLA FUTURA
E ANCORA INCERTA RATIFICA ITALIANA

THE PROTOCOL NO. 16 TO THE ECHR AND THE ADVISORY
ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
ALSO IN THE LIGHT OF A FUTURE AND STILL UNCERTAIN
ITALIAN RATIFICATION

CRISTINA GRIECO

Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea

Recibido:21.10.2021 / Aceptado:08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6687>

Riassunto: Il presente articolo esamina il primo parere consultivo reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 della CEDU su richiesta della Corte di cassazione francese, pochi mesi dopo l'entrata in vigore dello stesso Protocollo. I fatti che hanno dato origine alla richiesta di parere riguardano la questione del riconoscimento di un rapporto giuridico genitore-figlio stabilito all'estero a seguito di un accordo di maternità surrogata da parte di una coppia eterosessuale francese, in cui solo il padre risultava biologicamente legato ai figli. Il contributo discute dapprima il contenuto del parere della Corte e descrive le caratteristiche principali della nuova funzione consultiva la anche attraverso un confronto con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea ed esamina poi la prospettiva della futura e in questa fase ancora incerta ratifica italiana del Protocollo n.16.

Parole chiave: Protocollo n. 16, Ratifica, CEDU, Parere, Competenza consultiva, Maternità Surrogata

Abstract: This article discusses the first advisory opinion of the European Court of Human Rights under the Protocol No 16 to the ECHR at the request of the French Cour de Cassation, a few months after the same Protocol No 16 entered into force. The facts giving rise to the request for an opinion concern the question of recognition of a legal parent-child relationship established abroad following a surrogacy agreement by a heterosexual French couple, where only the father was biologically related to the children. The essay first discusses the content of the Court's opinion and describes the main features of the ECHR's new advisory function also by comparing it with the preliminary ruling function of the Court of Justice of the European Union. The essay then examines the perspective of the future and at this stage still uncertain Italian ratification of the Protocol n.16.

Keywords: Protocol n. 16, ECHR, Ratification, Advisory Opinion, Advisory function, Surrogacy agreement

Sommario: I. Introduzione II. Caratteri, procedura ed effetti della competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo introdotta dal Protocollo n. 16 III. Affinità e divergenze tra la funzione consultiva della Corte EDU e la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia

dell'Unione europea IV. Il primo parere reso in applicazione del Protocollo n. 16 alla CEDU in materia di maternità surrogata V. La posizione della Corte EDU VI. L'Italia tra la ratifica del Protocollo n. 15 e il "no" al Protocollo n. 16: Un lungo ed incerto iter legislativo VII. Conclusioni

I. Introduzione

1. Generalmente le principali giurisdizioni internazionali affiancano ad una competenza di tipo contenzioso anche una di tipo consultivo¹. Ne sono un esempio la Corte internazionale di giustizia², la Corte di giustizia dell'Unione europea, e la Corte interamericana per i diritti umani. Lo stesso non poteva dirsi per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui funzione consultiva è stata relegata, almeno fino all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, ad un ruolo talmente marginale da risultare pressoché irrilevante³.

2. Nondimeno, negli ultimi anni le cose sembrano aver preso una direzione diversa. Il 10 luglio 2013 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha approvato il Protocollo addizionale n. 16 alla CEDU⁴ che ha ampliato la competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito anche Corte EDU o Corte di Strasburgo) che può ora emettere pareri su questioni giuridiche relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà tutelati dalla convenzione e dai suoi protocolli. Come si legge nel preambolo, il nuovo meccanismo è stato pensato per permettere alla Corte EDU «di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in questo modo l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà». Non è un caso che il Protocollo 16 sia stato ribattezzato "*Protocole du dialogue*"⁵.

Dell'opportunità di ampliare la competenza consultiva della Corte di Strasburgo si discuteva già da tempo⁶. Prima dell'introduzione del Protocollo n. 16, esisteva già un meccanismo, introdotto dal Protocollo n. 2 integrato dal 1998, direttamente nel testo della Convenzione⁷ che consente, a determinate

¹ Nella raccolta di saggi di A. ONDOUA, D. SZYMCAK (a cura di), "*La fonction consultative des juridictions internationales*", Paris, 2009, *passim*, le giurisdizioni internazionali sono suddivise a seconda che esercitino una competenza consultiva reale (Corte Internazionale di Giustizia, Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, Corte di Giustizia dell'Unione Europea) o virtuale (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli, Tribunale Internazionale del Diritto del Mare).

² U. VILLANI, "*La Funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia*", in *La Comunità Internazionale*, 1/2019, p. 39.

³ Il testo originario della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 non attribuiva alla Corte di Strasburgo una competenza di tipo consultivo. In seguito, su impulso dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, venne redatto il Protocollo n. 2, poi adottato dal Comitato dei Ministri a Parigi il 6 maggio 1963 ed entrato in vigore il 21 settembre 1970. In seguito alle successive modifiche apportate dal Protocollo n. 11, il Protocollo n. 2 è stato incluso direttamente nel testo della CEDU. Da allora gli articoli 47, 48 e 49 hanno costituito, almeno fino all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, il fondamento giuridico della funzione consultiva della Corte EDU.

⁴ Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Strasburgo, 2 ottobre 2013, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>.

⁵ Tale espressione è stata utilizzata dall'allora presidente della Corte EDU, D. Spielmann, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20151005_Spielmann_Network_launch_FRA.pdf.

⁶ Senza pretesa alcuna di esaustività si segnalano in dottrina i contributi di: E. LAMARQUE (a cura di), "*La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", Milano, 2015; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, "*Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*", in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.; P. DE SENA, "*Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.; L.-A. SICILIANOS, "*L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – A propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 9 ss.; G. ASTA, "*Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*", in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.; R. CONTI, "*La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*", in *Consulta Online*; E. NALIN, "*I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.; D. VIGONI, "*Entra in vigore (ma non per l'Italia) il Protocollo n. 16 alla CEDU che consente di richiedere alla Corte EDU un parere consultivo*", in *Processo Penale e Giustizia*, 2018, p. 6 ss.

⁷ Titolo II, artt. 47-49 CEDU.

condizioni, di rivolgersi alla Corte per richiedere degli *avis consultatifs*⁸. Nondimeno, a causa delle stringenti limitazioni previste dal punto di vista soggettivo e oggettivo, il ricorso a tale meccanismo è stato talmente residuale da spingere la dottrina a classificare la Corte EDU come una corte “a competenza consultiva virtuale”⁹.

3. L’urgenza di consentire anche alla Corte di Strasburgo di esercitare una funzione consultiva effettiva era stata avvertita da tempo, non solo nell’ottica di permettere uno sviluppo armonioso dell’impianto dei diritti fondamentali a livello regionale ma anche di ridurre il carico di lavoro sulla Corte di Strasburgo che, in seguito al riconoscimento del diritto individuale di petizione, in qualche modo “vittima del proprio successo”¹⁰, rischia la paralisi con un ruolo di 62.000 casi pendenti a gennaio 2021¹¹.

4. Muovendosi in tale direzione, nel 2006 il Gruppo dei Saggi, su incarico del Comitato di Ministri, ha presentato una proposta¹². Successivamente, la questione è stata trattata nell’ambito delle conferenze annuali di *Izmir* (2011)¹³, di *Brighton* (2012)¹⁴ e di diversi altri *interim colloquia*.

Invitato a redigere il testo di un protocollo facoltativo alla CEDU, il Comitato dei Ministri ha incaricato il *Comité directeur pour les Droits de l’Homme*, che ha presentato un progetto di protocollo, unitamente ad un rapporto esplicativo, per l’adozione finale, avvenuta il 10 luglio 2013. Il Protocollo è stato aperto alla firma dei singoli Stati il 2 ottobre 2013. Il 12 aprile 2018 la Francia, paese che per curiosa coincidenza ha anche sollevato la prima richiesta di parere, ha depositato il decimo strumento di ratifica consentendone, in questo modo, il 1° agosto 2018, l’entrata in vigore¹⁵.

⁸ Dal punto di vista soggettivo l’iniziativa è riservata unicamente al Comitato dei Ministri inoltre, dal punto di vista oggettivo, la questione sottoposta alla Corte non deve riguardare questioni giuridiche relative ai diritti contemplati nel Titolo II della Convenzione o che possano costituire oggetto di ricorso contenzioso di fronte alla Corte. Limiti troppo stringenti perché si potesse sperare in un utilizzo estensivo dello strumento. Dal 1970, data di entrata in vigore del Protocollo n. 2, sono state emesse solo tre pronunce ai sensi dell’art. 47 della Convenzione. La prima decisione, resa il 2 giugno 2004, declina la competenza della Corte a fornire un parere con riguardo alla raccomandazione n. 1519 (2001) dell’Assemblea parlamentare (compatibilità della Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali degli Stati indipendenti e della Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo). La seconda, pronunciata il 12 febbraio 2008, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* e, infine, la terza del 22 gennaio 2010, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* (no. 2). V. O. FERACI, “Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l’ordinamento giuridico italiano”, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁹ Così D. SZYMCAK, “La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in A. Ondoua, D. Szymczak, *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, 2009, p. 89 ss.; J.-P. COSWTA, P. TITIUN, “Les avis consultatifs devant la Cour Européenne des droits de l’Homme”, in J.-F. Akandji-Kombé (cur.), *L’homme dans la société internationale: mélanges en hommage au professeur Paul Tavemier*, Bruxelles, 2013, p. 605 ss. Doc. CM (2006) 203, 15 novembre 2006. Nel suo “*Reflection Paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction*”, ECHR, Strasburgo, 2012, doc. 3853038, la stessa Corte Edu ha prospettato che in sede di ricevibilità delle richieste potrebbero essere utilizzati alcuni criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di rinvio pregiudiziale, quale ad esempio il criterio della rilevanza: sul punto v. anche la sintesi di M. MARCHINI, “Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia”, in *Eurojus*, 13 novembre 2014 e B. NASCIBENE, “La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto”, in *giustiziainsieme.it*.

¹⁰ N. POSENATO, “Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa”, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, 2014, III, p. 1422.

¹¹ Secondo i dati ufficiali pubblicati nel sito della Corte di Strasburgo <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>.

¹² Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, del 15-11-2006, in particolare, il punto 4 – *Forms of co-operation between the Court and the national Courts – Advisory Opinions*, par. 76-86. Il documento è disponibile all’indirizzo web <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM>. Fin dal 2006 la “Commissione di Saggi” nell’ottica di suggerire ulteriori correttivi al sistema della Convenzione, considerò nuove proposte di cooperazione tra la Corte europea e le corti nazionali, tra le quali incluse la possibilità di introdurre un *preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union*.

¹³ ECHR, *High Level Conference on the Future of of the European Court of Human Rights – Izmir Declaration*, 26 e 27-4-2011, 4 d), consultabile all’indirizzo web www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf.

¹⁴ ECHR, *High Level Conference on the Future of of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration*, 18 a 20-4-2012, 4, par. 12, d), consultabile all’indirizzo web www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.

¹⁵ Ai sensi dell’articolo 8, l’entrata in vigore sarebbe scattata “il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un pe-

5. Il presente contributo dopo aver delineato i tratti essenziali della nuova competenza consultiva istituita dal Protocollo n. 16 e i suoi profili di affinità (pochi) e di differenza (molti) con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea, esamina i contenuti del primo parere reso e la posizione interpretativa espressa dalla Corte di Strasburgo, soffermandosi brevemente sul punto di vista italiano anche in vista di una prossima futura ratifica del Protocollo n. 16.

I. Caratteri, procedura ed effetti della competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo introdotta dal Protocollo n. 16

6. Come detto, il prestigio ottenuto dalla Corte EDU nel corso del tempo ha prodotto una mole di lavoro così imponente da superare le stesse capacità di risposta dei giudici di Strasburgo e generare il rischio di arrivare al paradosso di negare un diritto tutelato dalla stessa Convenzione, ovvero la ragionevole durata del processo. Da qui l'esigenza di introdurre mezzi alternativi idonei a garantire, da un lato, una tutela effettiva dei diritti umani e, dall'altro, il mantenimento del prestigio del ruolo conquistato. In questa ottica si inserisce, seppur con qualche incognita, il Protocollo n. 16 che, in applicazione del principio di sussidiarietà¹⁶ e del concetto di *shared responsibility*, istituisce un meccanismo di dialogo tra la Corte EDU e i giudici nazionali. L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 ha dato vita ad una struttura decentrata, all'interno della quale le corti nazionali mantengono la responsabilità di garantire la corretta applicazione delle norme della CEDU sul piano interno, facendosi al contempo garanti di preservare il valore dell'orientamento interpretativo fornito dai giudici di Strasburgo.

7. La legittimazione attiva a rivolgersi alla Corte EDU, in base a quanto prevede il Protocollo n. 16, spetta "alle più Alte giurisdizioni"¹⁷. L'individuazione di quali autorità giudiziarie siano effettivamente idonee a richiedere un parere spetta alle "Alte Parti contraenti" che potranno, anche in un momento successivo, modificare la loro scelta¹⁸.

8. Il Protocollo n. 16 stabilisce che oggetto di richiesta di parere possano essere "*questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*"¹⁹. Nel rapporto esplicativo si evidenzia che la formulazione dell'articolo 1, paragrafo 1, trae ispirazione, con le opportune differenze, dall'articolo 43, paragrafo 2, della CEDU. Secondo tale norma il rinvio dinanzi alla Grande Camera è ammissibile ogniqualvolta il caso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale²⁰. Nel rapporto esplicativo al Protocollo n. 11, attraverso il quale

riodo di tre mesi dalla data in cui dieci Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo". La Francia ha ratificato il Protocollo il 12 aprile 2018, consentendone così l'entrata in vigore il 1° agosto 2018 nei dieci paesi che, entro quella data avevano già depositato la ratifica, ovvero Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. Al momento in cui si scrive sono invece 16 le ratifiche pervenute, oltre ai dieci paesi già elencati si sono infatti aggiunte quelle di Andorra, Bosnia Herzegovina, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Slovacchia. Per un quadro aggiornato sullo stato delle firme e delle ratifiche https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=vwTf97nS.

¹⁶ Con il Protocollo n. 15, adottato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 24 giugno 2013, è stato inserito nel preambolo della CEDU un espresso riferimento al principio di sussidiarietà. Si veda M. BARNABÒ, "La nuova competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo", in *Federalismi.it*, 4/2013.

¹⁷ La dottrina si è mostrata critica nella valutazione di tale disposizione poiché rischia di penalizzare i giudici costituzionali in quei Paesi in cui non è stato ancora portato a compimento il processo di consolidamento democratico e che rischiano di essere escluse dal novero delle interlocutrici privilegiate a Strasburgo, in questo senso O. POLLICINO, "La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?", in Forum costituzionale, disponibile al seguente link http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0470_pollicino.pdf.

¹⁸ Come prevedono gli articoli 1 e 10 del Protocollo n. 16. In questo modo si è voluto tenere conto delle peculiarità giuridiche e organizzative dei singoli sistemi processuali interni.

¹⁹ Art. 1, par. 1.

²⁰ La Corte EDU può statuire sulle questioni che siano oggetto di esame dinanzi ad una Camera e su rimessione di quest'ul-

è stato introdotto lo strumento del rinvio alla Grande Camera, viene chiarito che per «questioni gravi sull'interpretazione» devono intendersi, sia temi sui quali la Corte di Strasburgo non si sia mai pronunciata ma di rilevanza tale da essere in grado di orientare la prassi futura o di rivoluzionare la giurisprudenza precedente sia questioni che richiederebbero interventi correttivi significativi dell'ordinamento o della prassi nazionale, ovvero che, pur non sollevando una grave questione interpretativa riferita alla CEDU²¹, mettano in luce strutturali difficoltà interne. Più agevole la categorizzazione della “questione grave di carattere generale” che è da ricondursi a tutti quei casi di importante interesse politico o generalizzato. Nella formulazione finale del Protocollo n. 16 scompare l'aggettivo “grave” e l'enfasi viene posta unicamente sulle “questioni di principio”. Nondimeno, nella valutazione di cosa debba intendersi per “questione di principio” ai sensi del Protocollo n. 16, si è giunti alla conclusione, già a partire dai lavori preparatori, che non si possa tenere conto unicamente dei casi implicanti problemi sistemici o strutturali²².

9. Anche i concetti di “interpretazione o applicazione” dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli hanno sollevato alcune incertezze interpretative. Ancora una volta viene in soccorso il testo della CEDU che, all'articolo 32, nel definire il contenuto della competenza contenziosa della Corte, ricorre alla stessa formulazione²³. Nondimeno, l'utilizzo nell'articolo 1 del Protocollo n. 16 della congiunzione disgiuntiva sembrerebbe in concreto aprire alla circostanza che il giudice richiedente sia legittimato a portare dinanzi alla Grande Camera quesiti anche laddove non sussistano dei dubbi interpretativi, rimettendo di fatto alla Corte EDU, in violazione del Protocollo n. 16, la decisione del caso concreto²⁴.

10. Secondo quanto dispone l'articolo 43 della CEDU, la possibilità di rimettere dinanzi alla Grande Camera una questione su cui la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata è condizionata alla circostanza che il caso oggetto di ricorso sollevi “gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli” o riguardi “un'importante questione di carattere generale”. Nel corso dei lavori preparatori che hanno preceduto l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 è stata ampiamente discussa la possibilità che la nuova funzione consultiva potesse essere utilizzata anche per questioni di interesse generale. Un attento esame della prassi discendente dall'articolo 43 ha però suggerito l'opportunità di rimuovere tale riferimento dal testo definitivo²⁵. È pertanto plausibile ipotizzare che le questioni di principio che verranno esaminate ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo n. 16 debbano ricondursi a gravi questioni di interpretazione e applicazione della CEDU così come delineate nell'articolo 43. Una simile interpretazione sembra potersi sostenere anche alla luce di quanto chiarito dalla stessa Corte EDU che, sul punto, ha affermato “[r]equests for advisory opinions in that sense could be envisaged in relation to many questions of principle (...) concerning the application of the Convention such as those

tima, nel caso in cui sollevino gravi problemi di interpretazione riguardo la CEDU o i suoi Protocolli o nell'ipotesi in cui la soluzione rischi di dar luogo ad una precedente sentenza pronunciata dalla Corte (art. 30 CEDU). In aggiunta, l'articolo 46, par. 4, della CEDU dispone che qualora un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva in una controversia in cui risulti parte, il Comitato, con una decisione adottata a maggioranza dei due terzi, potrà adire la Corte EDU sollevando la questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte coinvolta. Da ultimo, secondo quanto dispone l'art. 31, lett. c) della CEDU, l'esercizio della competenza consultiva prevista dagli artt. 47 e ss. spetta alla Grande camera.

²¹ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, paragrafi 100 e 101.

²² Su tale proposta, originariamente avanzata in seno al *Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court* (DH-S-GDR), si vedano le considerazioni critiche della Corte europea nel citato *Reflection Paper*, par. 28.

²³ Cfr. B. RANDAZZO, “Art. 32”, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 620 ss.

²⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKI, “Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà”, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2015, p. 91 ss., spec. pp. 94-95.

²⁵ Sulla decisione di eliminare tale ulteriore riferimento, si veda il documento GT-GDR-B(2012) R1, item 4, par. 6.ii); per la prassi della Corte europea e del collegio di cinque giudici relativa all'applicazione dell'art. 43 CEDU, durante i lavori preparatori del Protocollo n. 16 si faccia riferimento al doc. GT-GDR-B(2012)013, *The General Practice of the Grand Chamber followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on requests for referral in accordance with Article 43 of the Convention* (Court document).

that have been raised in cases before the Grand Chamber or in leading cases before the Chambers”²⁶, lasciando in questo modo supporre che le questioni di principio trattate dalle Camere nei “*leading cases*” debbano essere ritenute equiparabili a quelle che rientrano nella competenza della Grande Camera.

11. Come ricordato, secondo quanto dispone l’articolo 1 del Protocollo n. 16, la legittimazione soggettiva a richiedere un parere spetta soltanto alle “più Alte giurisdizioni di un’Alta Parte contraente”²⁷ che avranno facoltà di rivolgersi alla Corte EDU ed attivare così la competenza consultiva.

Dalla formulazione dell’articolo emerge subito la natura puramente facoltativa dello strumento. È previsto infatti, che le Corti nazionali abilitate “*may request the Court to give advisory opinion*”. Nel rapporto esplicativo viene chiarito in modo esaustivo che viene lasciata ampia discrezionalità al giudice *a quo* di richiedere un parere alla Corte EDU²⁸. L’indicazione di quali debbano intendersi le “*Highest Courts and Tribunals*” abilitate a richiedere un parere consultivo alla Corte EDU dipende dalla scelta di ciascuna alta parte contraente al momento della ratifica e può essere oggetto di modifica anche in un momento successivo²⁹.

12. La richiesta di parere proveniente dal giudice *a quo* non solo è facoltativa ma è anche revocabile in qualsiasi momento³⁰. Seppur con le differenze che si avrà modo di illustrare nel prosieguo³¹ e benché in questo caso si parli unicamente di competenza consultiva, il meccanismo in esame mette in luce alcune similarità e, al contempo, anche delle sostanziali differenze, se messo a confronto con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell’Unione europea.

13. Il parere può essere richiesto solo in pendenza di una causa dinanzi ad un giudice nazionale³² e la richiesta deve essere motivata³³. Il parere consultivo che la Corte EDU è chiamata ad emettere infatti, è finalizzato a garantire unicamente che, in presenza di dubbi, la definizione della causa domestica avvenga nel rispetto della Convenzione e dei suoi Protocolli. Ne consegue che, ovviamente, non spetta alla Corte EDU né risolvere la controversia interna da cui è scaturita la richiesta di parere né tantomeno svolgere, in via meramente astratta, un sindacato generalizzato sulla normativa interna³⁴. Il giudice nazionale richiedente il parere dovrà circostanziare l’ambito del procedimento, i fatti rilevanti, la normativa interessata e le questioni che interessano la CEDU, nonché fornire, qualora risulti pertinente, un riepilogo delle posizioni delle parti coinvolte nel caso pendente dinanzi al giudice *a quo* e, se rilevanti, anche alcune considerazioni e valutazioni sul merito della questione³⁵. Necessariamente dunque la ri-

²⁶ *Reflection Paper*, par. 30.

²⁷ Come chiarito dal Rapporto esplicativo al §8 nella definizione di «*highest courts and tribunals*» dovranno rientrarvi i giudici che, in base alla struttura interna del sistema giudiziario, si trovino al vertice. La necessaria limitazione inserita deve leggersi nell’ottica di evitare un eccessivo numero di richieste. La previsione è inoltre coerente con il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, «*although a ‘highest’ court need not be one to which recourse must have been made in order to satisfy the requirement of exhaustion of domestic remedies under Article 35, paragraph 1 of the Convention*». Il Protocollo lascia flessibilità alle Alte parti contraenti di stabilire quali istanze giudiziarie potranno adire la Corte. Peraltro guardando alla versione inglese del Rapporto esplicativo, l’uso di *highest* in luogo di *the highest*, consente sostanzialmente l’inclusione nel novero dei soggetti legittimati anche quelle corti che, sebbene non si trovino al vertice del sistema giudiziario interno potrebbero assumere una particolare rilevanza per specifiche materie. Si veda G. ASTA, “*Il Protocollo N. 16 alla Cedu: Chiave di Volta del Sistema Europeo di Tutela dei Diritti Umani?*”, p. 778.

²⁸ Non è strettamente necessario che la più alta giurisdizione sia anche l’autorità a cui debba essere proposto il ricorso che esaurisca i rimedi interni *ex art. 35, § 1, CEDU*.

²⁹ Cfr. Rapporto esplicativo, § 8.

³⁰ Cfr. Rapporto esplicativo, § 7.

³¹ V. *infra* par. 3.

³² Si è voluto escludere che la competenza consultiva della Corte EDU potesse essere attivata soltanto per questioni meramente ipotetiche ovvero per valutare, in via puramente teorica la compatibilità di una legislazione nazionale con la Convenzione. In questo senso si esprime il Rapporto esplicativo, § 10. Inoltre, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo terzo, le corti interne dovranno spiegare la motivazione che soggiace alla richiesta di parere, oltre a fornire «*the relevant legal and factual background of the pending case*».

³³ In altre parole, è richiesto che le questioni di principio sottoposte alla Corte EDU con la richiesta di parere siano rilevanti per la risoluzione del caso concreto pendente dinanzi al giudice nazionale.

³⁴ Cfr. Rapporto esplicativo, §§ 10 e 11.

³⁵ Cfr. Rapporto esplicativo, § 12.

chiesta di parere dovrà intervenire in un momento processuale in cui la causa risulti sufficientemente istruita e i problemi giuridici sottostanti adeguatamente delineati. Il Protocollo trascura di precisare quale debba essere la lingua da utilizzarsi per sottoporre la richiesta di parere. Se si dovessero applicare in via analogica le norme procedurali che sovrintendono alla presentazione dei ricorsi individuali potrebbe ritenersi utilizzabile la lingua nazionale³⁶. Questo significherebbe porre a carico della Corte EDU, che si è già detta contraria ad una simile soluzione, i costi della traduzione³⁷.

14. Per ciò che attiene al funzionamento in concreto della procedura, è stato introdotto un filtro iniziale di ammissibilità³⁸ che prevede un vaglio preliminare da parte di un collegio formato da cinque giudici che, in caso di pronuncia negativa, motiverà l'eventuale rigetto³⁹. In caso di accoglimento, il parere consultivo verrà emesso direttamente dalla Grande Camera. Il giudice dello Stato cui appartiene il giudice che ha presentato istanza di parere è componente di diritto del collegio "filtro" e anche della Grande Camera. Nell'ipotesi di assenza o impedimento è previsto che sia il Presidente della Corte a designare un sostituto selezionandolo nell'ambito di un elenco precedentemente trasmesso dallo Stato di appartenenza del giudice *a quo* che ha avanzato la richiesta di parere. Il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e l'Alta Parte contraente interessata sono autorizzati a presentare osservazioni per iscritto e a partecipare alle udienze. Resta nella facoltà del Presidente della Corte EDU, qualora lo ritenga opportuno nell'ottica di garantire una buona amministrazione della giustizia, estendere anche altre Alte Parti contraenti o individui la possibilità di produrre osservazioni scritte o prendere parte alle udienze⁴⁰. Il Protocollo n. 16 non prevede l'intervento obbligatorio delle parti della causa, è previsto unicamente un generico invito a partecipare⁴¹. Sebbene si comprenda il motivo per il quale si sia scelto di non rendere obbligatorio il coinvolgimento dei singoli, ben potendo essere molte le parti coinvolte e difficoltosa la gestione, una simile scelta potrebbe in concreto risolversi in una compressione del principio del contraddittorio. Il parere che la Grande Camera emette è motivato. A ciascun giudice è attribuita la facoltà di inserire all'interno del parere la propria "*separate opinion*" unitamente alla loro eventuale opinione dissenziente qualora la posizione dalla Corte EDU non dovesse essere espressione, anche solo parziale, di una visione unanime⁴². A seguito dell'emissione, il parere andrà inviato all'organo giudiziario che ne ha avanzato la richiesta e anche all'Alta Parte contraente cui tale autorità appartiene, ed è pubblicato nelle lingue ufficiali della Corte⁴³. Quello della Corte di Strasburgo non è un *preliminary ruling*. Il dettato normativo è chiaro sul punto. L'articolo 5 del Protocollo n. 16 stabilisce infatti che le «*advisory opinions shall not be binding*»⁴⁴. Ne consegue che per espressa previsione i pareri, come nella generalità dei casi trattandosi di uno strumento giuridico utilizzato a fini di mera consultazione, non avranno effetti vincolanti⁴⁵ non soltanto nei confronti dell'organo giudiziario che lo ha richiesto ma anche nei confronti della generalità dei giudici nazionali, sui quali continuerà a gravare la responsabilità di

³⁶ Cfr. Rapporto esplicativo, § 13.

³⁷ ECHR, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, 6 maggio 2013, § 14.

³⁸ Protocollo n. 16, art. 2, par. 3. Il giudizio preliminare del Collegio dovrà essenzialmente verificare se la domanda sottoposta alla Corte concerne una questione di principio relativa ai diritti e alla libertà garantite dalla CEDU e dai protocolli annessi e se soddisfa i requisiti procedurali stabiliti Protocollo e dal Regolamento della Corte.

³⁹ Cfr. anche l'art. 43, § 2, CEDU (il quale, però, non prevede che il rigetto della domanda debba essere motivato) si veda anche ECHR, *Opinion of the Court*, § 9.

⁴⁰ Cfr. art. 36, §§ 2 e 3, CEDU.

⁴¹ Rapporto esplicativo, § 20.

⁴² Cfr. *Rules of Court*, § 88 e articolo 4, paragrafo 2. Tale previsione è conforme a quanto stabilito dall'articolo 88, paragrafo 2, del Regolamento di procedura della Corte. I Giudici di Strasburgo hanno comunque ricordato che «it has been the practice of the Court when issuing advisory opinions to endeavour to speak with one voice» (cfr. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16*, §11). Sul valore delle opinioni separate dei giudici della Corte europea si veda R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, "*Separate Opinions in the European Court of Human Rights*", in HRLR, 2009, 37-60.

⁴³ Il parere adottato andrà poi tradotto nella lingua ufficiale del Paese a cui appartiene il giudice che l'ha richiesto, in modo da consentire la ripresa del procedimento temporaneamente sospeso (cfr. *Rapporto esplicativo*, § 23).

⁴⁴ Cfr. doc. CM(2006)203, par. 135.

⁴⁵ Come noto, ugualmente non vincolanti sono i pareri consultivi di altre Corti internazionali (Corte internazionale di giustizia (ICJ), Corte interamericana dei diritti umani (IACHR) e della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (AfCHPR).

applicare la CEDU nel proprio ordinamento interno, assicurando comunque l'osservanza del principio di sussidiarietà.

15. Sebbene il Protocollo n. 16 sia stato pensato con l'intenzione di alleggerire la mole di lavoro gravante sulla Corte EDU, è altresì evidente che la questione degli effetti non possa limitarsi ad una mera lettura letterale del testo. Per garantire l'effettività dello strumento infatti, una simile previsione andrebbe letta in un'ottica di più ampio respiro. Il Protocollo n. 16 dovrebbe essere utilizzato per instaurare una più stretta cooperazione e un dialogo istituzionalizzato tra giudici a diversi livelli con la finalità ultima di rafforzare l'intero impianto della CEDU, garantendo comunque il rispetto delle competenze interne, del principio di sussidiarietà e un'appropriata applicazione del concetto di *shared responsibility*⁴⁶.

16. Appare evidente che i pareri emessi sulla base del Protocollo n. 16 dovrebbero avere quanto meno l'effetto di "orientare i comportamenti" delle Parti contraenti, dare vita ad una prassi virtuosa ed evitare, quanto più possibile nel lungo periodo, ricorsi ripetitivi. D'altronde, la stessa Corte EDU ha chiarito che, malgrado la non obbligatorietà dei pareri, essi avranno comunque un «*undeniable legal effects*»⁴⁷. Resta inteso che l'efficacia dello strumento dipenderà in misura considerevole dall'atteggiamento e dalla concreta applicazione da parte dei singoli giudici nazionali. All'interno del rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 viene evidenziato comunque che l'esercizio della funzione consultiva non impedirà alle parti in causa di poter adire in un momento successivo la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 34, nel caso in cui si ritenga sia stato violato un diritto tutelato dalla CEDU⁴⁸. Cionondimeno, pare potersi ritenere che i pareri forniti dalla Corte avranno quantomeno un effetto dissuasivo rispetto al ricorso giurisdizionale. Con ciò si intende che nel caso in cui un parere sia stato emesso e il giudice *a quo*, nell'adottare la decisione finale, si sia conformato alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, un eventuale ricorso giurisdizionale non dovrebbe poter superare il filtro di ammissibilità e, almeno limitatamente alle questioni oggetto di parere, dovrebbe essere dichiarato inammissibile⁴⁹. Il Rapporto esplicativo precisa altresì che sebbene i pareri non influenzeranno direttamente i successivi ricorsi, entreranno comunque a far parte della giurisprudenza della Corte EDU, affiancando sentenze e decisioni⁵⁰. Ne consegue che la funzione consultiva esercitata spiegherà i suoi effetti all'interno del sistema di tutela regionale dei diritti fondamentali e i pareri, entrando a far parte della *case-law* della Corte di Strasburgo, avranno il valore di *res interpretata*. Può dunque prospettarsi che la funzione consultiva della Corte EDU avrà sugli organi giurisdizionali interni un effetto seppur non immediato, quantomeno mediato. Pur apparendo un'ipotesi remota, potrebbe però accadere che il giudice *a quo* decida di non conformarsi all'interpretazione fornita dalla Corte EDU. Ovviamente un simile comportamento, se reiterato da più parti, andrebbe a minare l'efficacia stessa della competenza consultiva. Resta però in mano alla Corte EDU la "via" giurisdizionale. Appare plausibile infatti che la parte in giudizio, la cui posizione sia so-

⁴⁶ E. NALIN, "I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", p. 141. L'A. evidenzia come la potenzialità dei nuovi pareri potrebbe risultare maggiormente interessante nell'ottica dell'eventuale (anche se ad oggi remota) adesione dell'Unione europea alla CEDU. La Corte di giustizia dell'UE potrebbe a sua volta utilizzare questa procedura, e instaurare in questo modo un dialogo istituzionalizzato anche tra giudici sovranazionali, per ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione delle norme convenzionali, così da garantire una più attenta applicazione delle norme convenzionali anche all'interno del sistema unionale (in questo senso si esprime anche il rapporto del Gruppo di saggi, par. 81 ss., nonché il *Reflection Paper* della Corte, par. 10). Proprio in vista di tale futura adesione, il Preambolo del Protocollo n. 16 fa riferimento agli Stati membri del Consiglio d'Europa e alle altre Parti contraenti la CEDU.

⁴⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Reflection Paper*, §44.

⁴⁸ G. ASTA, "Il Protocollo n. 16 alla cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", p. 783.

⁴⁹ Rapporto esplicativo, §26. Inizialmente nella bozza della dichiarazione di Brighton si prevedeva che ove le corti nazionali si fossero adeguate al parere consultivo non vincolante della Corte, all'individuo risultasse precluso il diritto ad adire la Corte EDU (par. 19, lett. d. iv). Una simile limitazione è stata oggetto di severe critiche (*Joint NGO preliminary comments*, punto e) e pertanto non è stata inserita nella versione finale del testo della dichiarazione, né in quello del Protocollo n. 16.

⁵⁰ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 27. A supporto di questa ricostruzione, cfr., altresì, il citato rapporto del Relatore del *Committee on Legal Affairs and Human Rights* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, par. 11. In dottrina si veda U. VILLANI, "Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano", in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss., e in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, vol. II, p. 1425 ss.

stenuta dal parere emesso, avrà tutto l'interesse, qualora il giudice interno non vi si sia conformato, a portare nuovamente la questione dinanzi alla Corte EDU, questa volta in sede giurisdizionale, così da vedere riconfermata la posizione favorevole ma questa volta con effetti obbligatori⁵¹. Se, al contrario, com'è più ragionevole supporre, i giudici nazionali si conformeranno all'interpretazione fornita dalla Corte, l'intero impianto regionale di tutela dei diritti fondamentali ne uscirà indubbiamente rafforzato.

17. Resta inteso che l'effetto più immediato che la nuova competenza consultiva è destinata ad avere è quello di instaurare un dialogo diretto tra giudici interni e giudice sovranazionale⁵² contribuendo a fornire una lettura univocamente orientata delle norme dalla CEDU. In questo modo, auspicabilmente, oltre ad evitarsi violazioni reiterate dei diritti tutelati da parte dei giudici interni ed evitare la presentazione di ricorsi individuali, la più estesa competenza consultiva della Corte EDU potrebbe consentirle di conoscere anticipatamente le posizioni delle corti nazionali su determinate questioni particolarmente delicate. Sempre la Corte EDU ha chiarito che la nuova competenza consultiva le consentirà di pronunciarsi su questioni di principio e di creare degli standard minimi di tutela dei diritti fondamentali, e ciò a prescindere dalla decisione di uno specifico caso. In questo modo inoltre, potranno essere fornite a tutte le Alte Parti contraenti, anche quante non abbiano ratificato il Protocollo n. 16, delle linee guida applicative generalizzate⁵³. A giudizio della Corte EDU, i pareri potrebbero assumere un valore paragonabile a quello delle sentenze vincolanti e favorire altresì lo sviluppo di principi di diritto in grado di dialogare con gli eterogenei sistemi giuridici delle diverse parti contraenti così da garantire una discussione estesa su questioni essenziali relative all'interpretazione della CEDU in un foro giudiziario più ampio.

III. Affinità e divergenze tra la funzione consultiva della Corte EDU e la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea

18. La nuova procedura istituita con il Protocollo n. 16 presenta dei possibili profili interferenza con altri strumenti di natura sovranazionale, sebbene operanti all'interno di sistemi giuridici differenti, primo tra tutti la procedura pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea⁵⁴.

Sebbene con le differenze che si evidenzieranno, è possibile rilevare come la competenza consultiva della Corte EDU sia liberamente ispirata al meccanismo di rinvio pregiudiziale disciplinato dall'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁵⁵.

Nondimeno il Gruppo dei Saggi aveva sin da subito evidenziato l'impossibilità di procedere ad una mera trasposizione della procedura del rinvio pregiudiziale nel sistema convenzionale sia perché, prima di poter accedere alla tutela offerta dalla Corte EDU⁵⁶, è richiesto il previo esaurimento delle vie di ricorso interne⁵⁷, sia perché quello previsto dal Protocollo n. 16, a differenza del meccanismo unionale, è

⁵¹ Cfr. ECHR, *Opinion of the Court*, § 12: «Firstly, it is in the nature of a dialogue that it should be for the requesting court to decide on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings. Secondly [...], it will be open to a dissatisfied party to bring an application to Strasbourg once a final decision has been given at national level».

⁵² E. NALIN, «I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», pp. 141-142.

⁵³ In questo senso, si veda il citato *Reflection Paper*, par. 44, e i richiami effettuati in quel contesto dalla Corte europea alla prassi della Corte internazionale di giustizia e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, nell'esercizio delle proprie competenze consultive, nonché agli «undeniable legal effects» dei pareri non vincolanti resi dalle medesime.

⁵⁴ Sulle analogie e differenze tra la richiesta di parere consultivo e il rinvio pregiudiziale si vedano in dottrina, tra gli altri: B. NASCIBENE, «La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto»; P. GRAGL, «(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no 16», in *European Law Review*, 2013, p. 229 ss.; J. GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal», in *Maastrich Journal Eur. Comp. Law*, 2014, p. 630 ss.; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, «Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?», in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.

⁵⁵ V. M. LIPARI, «Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo», in *Federalismi.it*, 3/2019.

⁵⁶ Rapporto del Gruppo dei Saggi, par. 80.

⁵⁷ Articolo 35 CEDU.

uno strumento a carattere sussidiario e complementare rispetto ai rimedi giurisdizionali previsti a tutela dei diritti dell'uomo.

19. Volendo soffermarsi sulle similitudini tra i due strumenti, uno degli aspetti che accomuna le due procedure è il carattere incidentale delle stesse. Tanto la Corte di giustizia dell'Unione europea quanto la Corte EDU, infatti, nei rispettivi sistemi di appartenenza, possono essere adite incidentalmente nell'ambito di un giudizio già pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Ciononostante già in punto di legittimazione attiva può evidenziarsi una marcata differenza. Mentre la possibilità di richiedere pareri consultivi alla Corte EDU è riconosciuta in via esclusiva, unicamente alle più Alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente⁵⁸, nel caso del rinvio pregiudiziale tutti i giudici nazionali sono legittimati a rivolgersi alla Corte di giustizia, ivi compresi i giudici di merito. Inoltre, mentre la richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo è sempre facoltativa⁵⁹, al giudice di ultima istanza è imposto l'obbligo di rimettere la questione alla Corte di giustizia nel caso in cui residuino dubbi interpretativi o di validità per la risoluzione del caso pendente dinanzi al giudice *a quo*⁶⁰ che, se risolti autonomamente, potrebbero dare vita all'interno dello Stato ad una prassi o ad una giurisprudenza contrari al diritto dell'Unione europea.

20. Un'ulteriore marcata differenza si evidenzia negli effetti che i due strumenti sono idonei a produrre. Come evidenziato, il parere emesso dalla Corte EDU nell'ambito della procedura istituita dal Protocollo n. 16 non risulta vincolante neppure per l'autorità giurisdizionale richiedente⁶¹. Al contrario, come ben noto, le decisioni adottate dalla Corte di giustizia esplicano effetti giuridici vincolanti generalizzati che non si limitano alla causa pendente nell'ambito della quale è stata avanzata la richiesta di rinvio pregiudiziale ma vincolano anche gli altri organi decisionali interni tutte le volte in cui si trovino a dover applicare la medesima normativa, una volta che la Corte di Giustizia ne abbia fornito un'interpretazione autentica.

21. Nonostante le differenze elencate, è indubbio che la matrice dei due strumenti sia comunque unitaria, e varie caratteristiche della nuova competenza consultiva della Corte EDU siano state mutate, con gli opportuni adattamenti, dall'esperienza del rinvio pregiudiziale. Basti pensare che in aggiunta al ricordato carattere incidentale, in entrambi i sistemi le richieste rivolte alle Corti sovranazionali devono avere origine da una questione concreta, escludendo in questo modo un sindacato diffuso e del tutto ipotetico. Quanto all'oggetto, come avviene per il rinvio pregiudiziale, anche nel caso della Corte EDU le richieste devono riguardare questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. A ciò si aggiunga che lo stesso meccanismo di prima valutazione in ordine all'ammissibilità del ricorso, per stesso suggerimento della Corte di Strasburgo⁶², è delineato sul filtro di ammissibilità a cui viene sottoposta una domanda pregiudiziale indirizzata alla Corte di giustizia, finalizzato a determinare la rilevanza della questione nonché il carattere non ipotetico e meramente astratto della stessa.

22. In un'ottica futura, considerate le rispettive "zone di influenza" delle due Corti e la procedura tutt'ora aperta (e per nulla spedita) di adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea⁶³ potrebbero pro-

⁵⁸ Rapporto esplicativo, commento all'art. 1, par. 8.

⁵⁹ P. GRAGL, "(Judicial) Love is Not a One-Way Street", in *European Law Review*, p. 229 e ss.

⁶⁰ La ragione che giustifica l'obbligo di rinvio pregiudiziale è di evitare che si formi o peggio si consolidi nel tempo a livello interno un indirizzo giurisprudenziale contrario al diritto dell'Unione europea. È stata la stessa Corte di giustizia a chiarire, nella sentenza *Cilfit e a.*, 6 ottobre 1982, Causa 283/81, in Racc. p. 3415, che in capo ai giudici nazionali le cui decisioni non possono più essere soggette a riforma in base al sistema giudiziario interno sono obbligati ad adempiere il loro obbligo di rinvio a meno che non ritengano la questione non pertinente, sufficientemente chiara ovvero che la disposizione interessata sia stata già interpretata dalla Corte.

⁶¹ Non sono mancate critiche a tale impostazione soprattutto alla luce del fatto che i pareri sono emessi dalla Grande Camera, v. N. HERVIEU, "*Cour européenne des droits de l'homme : Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel*", in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2013, p. 3.

⁶² *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, reperibile su https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf, par. 33.

⁶³ Si veda N. LAZZERINI, "*Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare*": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo", in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, p. 1 ss., spec. pp. 15-17.

filarsi ulteriori ipotesi di interferenza fra i ruoli delle due Corti sovranazionali qualora l'oggetto dell'interpretazione dovesse vertere proprio sul tema dei diritti fondamentali anche in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza⁶⁴, parente prossima della Convenzione europea, lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi⁶⁵. D'altronde, in tempi non sospetti, la Corte di giustizia aveva già individuato nel Protocollo n. 16, ancora neppure in vigore, un serio ostacolo (potenziale) a tale possibilità di adesione⁶⁶. Allo stato attuale, tuttavia, anche in ipotesi di un maggior numero di ratifiche in futuro del Protocollo n. 16 (inclusa magari quella italiana), si può ipotizzare con un ragionevole livello di certezza, che l'introduzione della competenza consultiva della Corte EDU non avrà effetto sull'obbligo di rimettere un'eventuale questione alla Corte di giustizia qualora, pur riguardando diritti tutelati dalla Convenzione europea o dai suoi protocolli, la stessa dovesse presentare profili di interferenza con il diritto dell'Unione europea⁶⁷. Tanto si può affermare sia per il carattere di supremazia che contraddistingue il diritto dell'Unione europea destinato a prevalere sui singoli diritti nazionali sia per la diversità di utilizzo e di scopo che caratterizza i due strumenti. Ne consegue che in presenza di un obbligo per un giudice di rimettere una questione con rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, questo strumento andrà privilegiato rispetto a quello introdotto dal Protocollo n. 16, qualora la questione da sottoporre dovesse presentare profili impattanti sul diritto europeo. Peraltro non è da escludersi che nell'ipotesi di adesione dell'Unione europea alla CEDU e al Protocollo n. 16, si potrebbe istituire anche tra le due Corti sovranazionali un dialogo istituzionalizzato più stretto che consentirebbe uno scambio e un arricchimento reciproci nell'ottica di sviluppo del sistema di tutela dei diritti umani. Nel caso di adesione, infatti, la stessa Corte di giustizia sarà legittimata, in presenza di una questione rimessa con rinvio pregiudiziale da un giudice nazionale ex articolo 267 TFUE, a sollevare una richiesta di parere alla Corte EDU qualora sussista al contempo un dubbio interpretativo legato ai diritti tutelati dalla Convenzione. Con tutta probabilità, questo è proprio ciò che la Corte di giustizia ha voluto scrupolosamente evitare pronunciandosi in senso negativo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU.

IV. Il primo parere reso in applicazione del Protocollo n. 16 alla CEDU in materia di maternità surrogata

23. La prima concreta applicazione del Protocollo n.16 si è avuta in occasione di una richiesta formulata dalla *Cour de cassation* francese sul delicato problema della maternità surrogata. Il caso esa-

⁶⁴ Nella specie, ipotesi di interferenza potrebbero già rinvenirsi nell'articolo 52 della Carta di Nizza nella parte in cui dispone che: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Il tenore letterale dell'articolo solleva indiscutibili sovrapposizioni e corrispondenze tra i due sistemi.

⁶⁵ Articolo 6 del Trattato sull'Unione europea.

⁶⁶ In particolare, con il Parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, il cui dispositivo è stato pubblicato in GUUE C 65, del 23 febbraio 2015, p. 2, la Corte ha segnato (in negativo) la storia del processo di integrazione tra il sistema di tutela dei diritti fondamentali vigente all'interno dell'Unione europea, da un lato, e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'altro. La Corte in quella sede ha evidenziato, tra le altre cose, che con riferimento alle caratteristiche specifiche e all'autonomia del diritto dell'Unione l'applicazione del Protocollo 16 potrebbe creare una sorta di *forum shopping* tra tale procedura e il rinvio pregiudiziale. Infatti, nel momento in cui la CEDU, per effetto dell'adesione, diventasse parte integrante del diritto dell'UE ex art. 216, par. 2 TFUE, un quesito alla Corte EDU con riferimento all'interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU potrebbe, in linea di principio, sostituire il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Cfr. T. Lock, "Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR", disponibile al seguente link <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw>.

⁶⁷ Si veda al riguardo la posizione critica dell'avvocato generale Kokott nel procedimento 2/13, punti 140-141, che evidenzia, anche nel caso in cui l'Unione non aderisse alla CEDU, che il giudice di uno Stato membro che ratifica il Protocollo potrebbe disporre il rinvio indipendentemente dall'adesione. I giudici nazionali non possono comunque sottrarsi agli obblighi posti dal diritto UE. L'art. 267, 3° comma "prevale sul diritto nazionale e dunque anche su un accordo internazionale eventualmente ratificato da singoli Stati membri dell'Unione". Il primato del diritto UE ha per conseguenza che i giudici "laddove chiamati a decidere su una controversia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, devono sottoporre eventuali questioni attinenti ai diritti fondamentali prioritariamente [alla] Corte e prioritariamente conformarsi alle decisioni di quest'ultima".

minato dalla Grande Camera ha riguardato la situazione di una coppia di coniugi francesi che era ricorsa alla pratica della maternità surrogata all'estero utilizzando il materiale biologico del padre. Tornati in Francia la trascrizione dell'atto di nascita veniva accordata in favore del solo padre biologico ma non anche della madre d'intenzione. Per inquadrare correttamente la vicenda è però necessario partire da due pronunce della Corte EDU di qualche anno fa, *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁶⁸, dalle quali è residuo un margine di incertezza tale da dare origine alla richiesta di parere.

24. Le due fattispecie sono in punto di fatto tra loro molto simili. In entrambi i casi i coniugi di nazionalità francese, avendo incontrato delle serie difficoltà nel portare avanti una gravidanza, hanno scelto di fare ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistite, quali la fecondazione eterologa e l'utero in affitto, vietate in Francia ma ammesse negli Stati Uniti⁶⁹. In particolare, i genitori hanno scelto una procedura di fecondazione eterologa attraverso la quale viene formato un embrione in vitro utilizzando metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna anonima ovo-donatrice. L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una terza donna che si offre di portare a termine la gestazione. Secondo quanto dispone la legge statunitense in questi casi, a seguito della nascita del bambino, viene emesso un provvedimento con il quale si attribuisce ai coniugi originari lo *status* di genitori del neonato a tutti gli effetti di legge. Una volta rientrati in Francia, i genitori hanno richiesto la trascrizione dell'atto di nascita, negata dalle competenti autorità interne per contrarietà all'ordine pubblico, ritenendo che la nascita fosse avvenuta ricorrendo ad una procedura di surrogazione di maternità, vietata in Francia⁷⁰. I coniugi sono stati addirittura perseguiti penalmente per sostituzione, simulazione e occultamento intenzionale con conseguente violazione dello stato civile di un neonato, procedimento subito archiviato poiché il fatto era stato commesso negli Stati Uniti. Mentre nel caso *Labassee*, pur vedendosi negare la trascrizione nei registri di stato civile, i ricorrenti sono riusciti ad ottenere un provvedimento che comprovasse quantomeno l'esistenza di una relazione *facto* tra genitori e figlio, nel caso *Mennesson*, la trascrizione inizialmente effettuata è stata poi dichiarata nulla con provvedimento della *Cour de cassation*. Nella specie, la Corte ha ritenuto che la trascrizione degli atti di nascita nel registro di stato civile avrebbe riconosciuto effetto giuridico a un contratto di maternità surrogata che, in base agli articoli 16-7 e 16-9 del codice civile francese, deve considerarsi nullo per contrarietà all'ordine pubblico⁷¹. In entrambi i casi la Corte non ha considerato la decisione di negare la trascrizione dell'atto di nascita lesiva della sfera privata e familiare degli interessati in quanto di fatto i minori non erano stati privati dello *status* giuridico perfezionatosi negli Stati Uniti e non gli era stato impedito di vivere in Francia con i genitori⁷². Di diverso avviso i coniugi che, una volta esaurite le vie di ricorso interne, si

⁶⁸ Corte EDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ric. N. 65192/11, e C. EDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. 65941/11 con nota di J. Guillaumé in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.; L. D'AVOUT, "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson et Labassee*", in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss.; A. VETTOREL, "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 523 ss.; P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", in https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf; M. WELLS-GRECO, H. DAWSON, "Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights", in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, vol. 16, p. 315 ss.; R. BARATTA, "Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 413 ss.

⁶⁹ Sulla questione della maternità surrogata nei vari sistemi cfr. Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, No. 10 of March 2012, p. 9 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds), "International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level", Oxford, 2012, passim; M. WELLS-GRECO, "The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements", The Hague, 2015, passim; A. STUMCKE, "Extra-territoriality and Surrogacy: The Problem of State and Territorial Moral Sovereignty", in *Surrogacy, Law and Human Rights*, P. GERBER, K. O'BYRNE (eds), London and New York, 2015, p. 65 ss.; R. STORROW, "Surrogacy: American Style", *ivi*, p. 193 ss.

⁷⁰ Si vedano in tema di contrasto con l'ordine pubblico internazionale le considerazioni di 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*, Vol. 10 2016, n. 1, p. 309 ss.

⁷¹ La procedura di surrogazione di maternità è espressamente vietata in Francia dall'art. 16-7 del *Code civil*, norma definita di ordine pubblico, meno di sei mesi dopo la richiesta della Suprema Corte francese giunta il 12 ottobre 2018, essi abbiano violato il diritto dei

⁷² In generale, sul tema della continuità internazionale degli *status* familiari si rinvia a: F. MARONGIU BUONAIUTI, "La

sono rivolti alla Corte di Strasburgo, proprio per lamentare la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 della CEDU. Nella specie, secondo i genitori dei minori, l'impossibilità di poter ottenere in Francia il riconoscimento di un rapporto di filiazione costituitosi in modo lecito in uno stato estero all'esito di una procedura di maternità surrogata ammessa nel luogo in cui il bambino è nato, si pone in contrasto con l'articolo 8 della CEDU. Nondimeno, le doglianze dei ricorrenti rivolte alla Corte EDU non hanno riguardato la correttezza o meno del divieto imposto da un ordinamento di fare ricorso alla procedura di surrogazione di maternità ma la compatibilità con i diritti garantiti dalla CEDU della decisione dello Stato di residenza di privare i bambini, nati a seguito di una procedura di maternità surrogata legalmente praticata all'estero, dei documenti che attestino il loro *status* di figli, in particolare per quanto riguarda il loro rapporto con la madre d'intenzione.

25. La Corte di Strasburgo, nel pronunciarsi sulla questione, ha osservato che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere valore giuridico al rapporto di filiazione perfezionatosi all'estero costituisce senza dubbio un'ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti. In particolare, la Corte ricorda che in questo caso entrano in gioco gli obblighi negativi imposti agli Stati dall'articolo 8 della CEDU, che serve a tutelare gli individui da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche. V'è però da dire, come osservato ancora dalla Corte EDU, che la protezione fornita dall'articolo 8 della CEDU non riveste un carattere assoluto. Secondo quanto dispone l'articolo 8 paragrafo 2 infatti, un'ingerenza da parte delle autorità interne nella vita privata e familiare può essere ritenuta ammissibile se è la legge a disporla ovvero se risulta necessaria per il perseguimento di uno o più scopi legittimi.

26. Nel caso esaminato, la Corte EDU ha ritenuto che l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare fosse effettivamente giustificato da una previsione legislativa e dunque rientrasse pienamente nella menzionata previsione legislativa⁷³. In aggiunta, la Corte ha evidenziato che il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere valore legale ad un rapporto di filiazione sorto ricorrendo al metodo della maternità surrogata perseguisse altresì uno scopo legittimo poiché intendeva garantire la protezione della salute e dei diritti e delle libertà altrui, scoraggiando i propri cittadini dal servirsi, al di fuori del territorio nazionale, di un metodo di procreazione medicalmente assistita vietato dall'ordinamento francese⁷⁴.

27. Una volta esaminate queste questioni preliminari, la Corte EDU è passata ad analizzare un altro aspetto, ovvero se una simile limitazione, che di fatto incide sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, possa considerarsi ammissibile nell'ambito di una società democratica. Il passaggio cruciale di entrambe le pronunce si rinviene proprio nel vaglio circa la necessità dell'intervento da parte dei pubblici poteri, che solo in quanto essenziale potrebbe effettivamente considerarsi anche giustificabile. La Corte EDU chiarisce che in tema di surrogazione di maternità debba essere concesso agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità, poiché si tratta di una materia particolarmente complessa e delicata che racchiude anche interrogativi di ordine etico che non trovano risposta univoca, anche da un punto di vista normativo, nei singoli Stati membri⁷⁵. Sebbene ciò sia corretto, è pur vero che, a parere della Corte

continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti", in *Diritti umani dir. int.*, 2016, p. 49 ss.; R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des cours*, vol. 348, 2010; F. SALERNO, "The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law", in *Recueil des cours*, vol. 395, 2019; P. LAGARDE (a cura di), "La reconnaissance des situations en droit international privé", Paris, 2013.

⁷³ Sentenze *Menesson c. Francia* §§57-58 e *Labassee c. Francia* §52.

⁷⁴ Cfr. *Menesson c. Francia*, § 62, ove si legge che «la Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et ... la mère porteuse». Analogamente *Labassee c. Francia*, § 54.

⁷⁵ La sentenza analizza la legislazione di 35 Stati membri, cfr. in particolare *Menesson c. Francia*, §§ 40 ss., e *Labassee c. Francia*, §§ 31 ss. giungendo alla conclusione «qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger»

EDU, il margine di apprezzamento deve necessariamente ridursi qualora si tratti di questioni attinenti alla genitorialità e, dunque, ad un aspetto particolarmente privato della vita di ciascun individuo.

28. Su tale punto la Corte EDU è intervenuta in modo incisivo per verificare che le autorità francesi avessero operato un giusto bilanciamento tra la gli interessi dello Stato e i diritti dei genitori interessati. Nella valutazione la Corte EDU ha tenuto distinti i due profili, ponendo da una parte il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei genitori che hanno scelto di fare ricorso alla tecnica della maternità surrogata e, dall'altro, quello dei minori nati attraverso tale tecnica. Con riferimento al primo punto, ovvero il rispetto della vita familiare della coppia, la Corte EDU ha osservato che, pur essendo innegabile che il mancato riconoscimento del loro *status* di genitori in Francia abbia avuto un'influenza negativa sulla loro vita privata, non ha però avuto in concreto conseguenze fondamentali sulla vita familiare dei ricorrenti⁷⁶. A ben diversa conclusione giunge la Corte EDU nello scrutinio dedicato alla situazione dei minori e al diritto degli stessi al rispetto della vita privata. La Corte di Strasburgo chiarisce che il rispetto per la vita privata del minore include il suo fondamentale diritto a poter definire a tutto tondo il proprio "io", non ultimo il proprio *status* di figlio. Ne consegue che il diniego da parte dell'ordinamento francese di riconoscere valore legale al rapporto di parentela correttamente perfezionatosi all'estero attraverso la tecnica della maternità surrogata, ha posto i minori in una situazione di incertezza giuridica e ne ha messo in pericolo l'identità all'interno della società⁷⁷. La Corte EDU ha inoltre evidenziato che, sebbene l'articolo 8 della Convenzione non garantisca il diritto ad acquisire una specifica cittadinanza, quest'ultima costituisce un aspetto rilevante che concorre a circoscrivere l'identità di ogni singolo individuo. L'incertezza legata al rischio che ai minori venisse negata la cittadinanza francese ha negativamente condizionato la definizione della loro identità ponendoli in una inaccettabile situazione di incertezza. Per giunta, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione incide negativamente anche sui diritti di successione dei minori che potranno ereditare dai genitori solo se istituiti eredi. Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha concluso che nel caso esaminato gli effetti del mancato riconoscimento nell'ordinamento francese del rapporto di filiazione non si esauriscono nella sfera giuridica dei genitori ma si estendono anche a quella dei figli, generando un impatto negativo sul loro diritto al rispetto della vita privata e alla possibilità di vedere definiti gli aspetti fondamentali della propria identità, compresi i rapporti di parentela⁷⁸. A parere della Corte di Strasburgo, dunque, la decisione assunta dai giudici francesi non tutela il supremo interesse dei minori, il cui rispetto deve guidare tutte le decisioni che li riguardano⁷⁹. Peraltro, nello scrutinio della Corte EDU, tali valutazioni assumono una rilevanza ancora maggiore nel caso in cui uno dei genitori della coppia che ha fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata sia anche biologicamente legato ai minori. Certamente non corrisponde al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuri-

(così *Mennesson c. Francia*, § 78). T. TRINCHERA, "Viola l'art. 8 della CEDU lo stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità", disponibile al seguente indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3201-viola-l-art-8-della-cedu-lo-stato-che-non-riconosce-il-rapporto-di-filiazione-costituito-all-estero>. Si veda altresì da un punto di vista comparatistico lo studio elaborato in materia di maternità surrogata dal Parlamento europeo "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States", reperibile all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET(2013)474403). Si vedano inoltre, tra gli studi complessivi del fenomeno: G. KOVAČEK STANIĆ, "State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach", in *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "General Report on Surrogacy", in K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 441 ss.

⁷⁶ In particolare la Corte osserva che «la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale», così *Mennesson c. Francia*, § 94; analogamente *Labassee c. Francia*, § 73. Resta il fatto che ogni volta che l'accesso a un diritto o a un servizio in Francia richiedeva la prova del rapporto di filiazione, i ricorrenti erano obbligati a produrre i documenti dello stato civile californiano, accompagnati da una traduzione giurata. Inoltre, non avendo le minori ottenuto la cittadinanza francese, i trasferimenti da uno Stato all'altro risultavano complessi e vi erano incertezze sulla futura stabilità dell'unità familiare in caso di morte del padre biologico o di separazione dei genitori.

⁷⁷ Cfr. *Mennesson c. Francia*, § 96, e *Labassee c. Francia*, § 75.

⁷⁸ Cfr. *Mennesson c. Francia*, § 99 e analogamente *Labassee c. Francia*, § 78.

⁷⁹ Per una disamina complessiva della rilevanza del principio del superiore interesse del minore nel contesto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a E. LAMARQUE, "Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale", Milano, 2016, p. 87-110.

dico del rapporto di parentela quando tale rapporto rispecchia, anche se solo parzialmente, la realtà biologica e a maggior ragione quando minore e genitori ne richiedano il pieno riconoscimento. Alla luce di ciò, la Corte EDU ha ritenuto che, nel negare la trascrizione nei pubblici registri del rapporto di filiazione validamente costituito all'estero, sebbene ricorrendo ad una procedura di maternità surrogata, le autorità francesi abbiano ecceduto il margine di apprezzamento loro concesso.

29. A seguito di tali pronunce l'orientamento giurisprudenziale interno si è modificato e la *Cour de Cassation*, in sede di riesame, ha chiarito che l'aver fatto ricorso all'estero alla tecnica della maternità surrogata non comporta automaticamente l'impossibilità di trascrivere un atto di nascita nei registri dello stato civile francese qualora i fatti ivi dichiarati corrispondano alla realtà biologica. In altre parole, qualora il padre sia effettivamente quello biologico, la trascrizione dell'atto di nascita del minore non potrà essere negata.

Nondimeno, se chiara risulta essere la posizione nei confronti del genitore biologico del minore, al contrario, secondo la *Cour de Cassation*, nella giurisprudenza della Corte EDU residuano dei dubbi con riferimento a quali siano gli obblighi che gravano sullo Stato con riguardo alla posizione della madre d'intenzione con la quale, al contrario, non sussiste alcun legame biologico.

Proprio su questo punto verte la richiesta di parere del giudice francese che, in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, ha richiesto alla Corte di Strasburgo di meglio delineare gli effetti (incerti) delle sentenze *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* in tema di maternità surrogata.

V. La posizione della Corte EDU

30. Come si è accennato, la richiesta di parere è nata proprio dall'incertezza generata dalle sentenze *Menesson* e *Labassee* con riguardo alla posizione della madre d'intenzione, in caso di assenza di qualsiasi legame biologico con il minore.

Due sono le strade, entrambe apparentemente percorribili. Secondo una prima lettura restrittiva delle pronunce *Menesson* e *Labassee*, si sarebbe potuto considerare sufficiente per le autorità interne assicurare almeno un riconoscimento parziale del rapporto di filiazione, ancorché perfezionatosi all'estero, accordandolo nei confronti del padre intenzionale-biologico, e negandolo, al contrario, alla madre d'intenzione. Tale impostazione, seppur particolarmente stringente, apparirebbe comunque rispettosa di quanto prospettato dalla Corte di Strasburgo e rispondente alla necessità di garantire allo Stato di esercitare il proprio margine di apprezzamento imponendo un generalizzato divieto di ricorrere alla tecnica della maternità surrogata. Una seconda lettura, meno restrittiva, implica che le autorità nazionali dello Stato d'origine della coppia siano tenute a riconoscere ad entrambi i coniugi lo *status* di genitori, senza che a ciò si opponga l'assenza di un effettivo legame genetico da parte della madre d'intenzione.

31. Alla luce di tali considerazioni, i coniugi *Menesson* hanno presentato domanda di riesame della decisione della Corte di appello di Parigi del 18 marzo 2010 che aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero. L'assemblea plenaria della *Cour de Cassation*, ritenendo che in base alla giurisprudenza della Corte EDU non fosse agevole delimitare la portata del margine di discrezionalità degli Stati sul tema, ha ritenuto di sospendere il procedimento e di presentare, avvalendosi del Protocollo n. 16, una richiesta di parere consultivo. L'*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation*, con lettera del 12 ottobre 2018, ha sottoposto alla Corte EDU, i seguenti due quesiti: per un verso, se lo Stato ecceda il proprio margine di apprezzamento rifiutando di registrare l'atto di nascita estero nella parte in cui attribuisce la maternità alla madre intenzionale in qualità anche di madre legale qualora abbia invece permesso una simile trascrizione nei confronti del padre biologico; per altro verso, se l'adozione del figlio biologico del marito possa rappresentare un mezzo alternativo idoneo alla trascrizione rispettoso dell'arti. 8 della CEDU.

32. Il 3 dicembre 2018 il collegio "filtro" composto da cinque giudici, ritenendo la domanda ricevibile, l'ha rimessa all'esame della Corte EDU. La risposta dei giudici di Strasburgo è intervenuta

con grande rapidità⁸⁰. Il 10 aprile 2019, meno di sei mesi dopo la richiesta della Suprema Corte francese giunta il 12 ottobre 2018, la Grande Camera ha reso il suo parere consultivo⁸¹. Nell'ambito della procedura hanno presentato le proprie osservazioni i signori *Menesson*, i governi di Francia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Irlanda⁸², l'*Ombudsman* francese, il Centro di studi di genere dell'Università di Trento, e cinque organizzazioni non governative.

33. La Corte di Strasburgo, prima ancora di pronunciarsi sulla questione, in maniera significativa, ha ritenuto necessario delimitare i confini del perimetro del proprio mandato. In primo luogo ha chiarito che il meccanismo consultivo introdotto dal Protocollo n. 16 non ha come scopo quello di spostare sulla Corte EDU l'onere della risoluzione del caso concreto bensì di dotare il giudice richiedente delle corrette indicazioni interpretative sulle questioni che interessano i diritti tutelati dalla CEDU per poi consentirgli di pronunciarsi in maniera corretta sul caso di specie⁸³. In secondo luogo, ha rilevato che una lettura in combinato disposto degli articoli 1, paragrafi 1 e 2 del Protocollo n. 16, suggerisce che i pareri devono limitarsi a trattare unicamente le questioni che risultano strettamente connesse al caso concreto. In base al chiarimento fornito dalla Corte EDU, il parere non poteva occuparsi, né della questione del riconoscimento dello *status* della madre intenzionale quando questa è anche biologicamente legata al minore – maternità surrogata tradizionale⁸⁴ –, né tantomeno del rispetto della vita familiare dei minori o dei genitori intenzionali o del diritto alla vita privata di questi ultimi⁸⁵. La Grande Camera, sulla base di tali preliminari osservazioni, è arrivata addirittura a riformulare i quesiti sollevati dall'*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* nei termini che seguono: 1) se in base all'articolo 8 CEDU, qualora si sia fatto ricorso ad una procedura di maternità surrogata utilizzando del materiale biologico della coppia, l'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione nei confronti del padre biologico imponga altresì il riconoscimento in favore della madre di intenzione; 2) e se, in caso di risposta affermativa, l'articolo 8 CEDU imponga che un simile riconoscimento debba necessariamente avvenire mediante trascrizione nel registro di stato civile o se, al contrario, possa farsi ricorso ad altre tecniche di riconoscimento, come ad esempio l'adozione.

33. Per rispondere al primo dei due quesiti sottoposti, la Corte EDU ha richiamato due temi principali ovvero il superiore interesse del minore e il margine di apprezzamento degli Stati⁸⁶. Con riguardo al primo dei due – il superiore interesse del minore – la Corte EDU, richiamando la propria consolidata giurisprudenza da cui emerge la prevalenza di tale aspetto, riafferma il principio secondo cui, ogni qualvolta una situazione simile a quella esaminata coinvolga un minore, il suo superiore interesse deve necessariamente prevalere. Da ciò deriva che il mancato riconoscimento da parte delle autorità interne del rapporto di filiazione tra il minore nato ricorrendo all'estero ad una procedura di maternità surrogata e la madre d'intenzione impatta negativamente sulla sfera giuridica del bambino e, in particolare, sul suo diritto al rispetto della propria sfera privata⁸⁷. *A fortiori*, sempre in virtù del principio del superiore interesse del minore, si impone che il soggetto giuridicamente incaricato di prendersene cura possa essere individuato facilmente, così da garantire al bambino di vivere in un ambiente stabile e idoneo a soddisfa-

⁸⁰ O. FERACI, "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

⁸¹ Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della Corte di cassazione francese (domanda n. P16-2018-001).

⁸² È degno di nota che abbiano presentato le proprie osservazioni anche degli Stati che non hanno ratificato il Protocollo, quali Regno Unito, Repubblica ceca e Irlanda.

⁸³ Parere, par. 25 "[T]he Court has no jurisdiction either to assess the facts of a case or to evaluate the merits of the parties' views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law, or to rule on the outcome of the proceedings. Its role is limited to furnishing an opinion in relation to the questions submitted to it. It is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case".

⁸⁴ Parere, parr. 28 e 29.

⁸⁵ Parere, par. 30.

⁸⁶ Parere, par. 37 e 38.

⁸⁷ Parere, par. 40.

re i suoi bisogni. La Corte EDU ha altresì evidenziato che l'interesse superiore del minore non racchiude unicamente la necessità di evitare profili di incertezza giuridica riferiti alla situazione del bambino che siano lesivi del suo diritto alla vita privata, ma obbliga anche a tenere in debita considerazione altri fattori di uguale importanza, che non necessariamente depongono per il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre d'intenzione⁸⁸. In pratica, secondo quanto chiarito dalla Grande Camera, l'obbligo di garantire il rispetto del supremo interesse del minore implica che non debba esservi, all'interno dello Stato, una generalizzata e assoluta impossibilità per il minore e la madre d'intenzione di vedersi riconoscere il rapporto di filiazione stabilito all'estero ricorrendo alla maternità surrogata e impone che ogni singola situazione sia oggetto di autonoma valutazione tenendo conto delle particolari circostanze del caso⁸⁹. In aggiunta, la Corte EDU chiarisce altresì che, sebbene il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti risulti piuttosto ampio, anche in situazioni che implicano valutazioni particolarmente delicate dal punto di vista etico, deve ritenersi che quando vi siano in gioco, come nella fattispecie esaminata, questioni che coinvolgono l'identità dell'individuo e altri aspetti intimi della vita privata, particolarmente quelli che incidono sullo sviluppo armonioso del minore in un contesto familiare adeguato, tale margine si deve ridurre, poiché in tali casi si impone alle autorità interne l'obbligo di assicurare una qualche forma di riconoscimento al rapporto di filiazione in questione⁹⁰, in modo che sia garantita al minore la protezione di cui necessita.

34. Con riferimento al secondo aspetto, la Corte EDU chiarisce che, nell'ottica di garantire che la prevalenza del superiore interesse del minore venga assicurata, è necessario che l'incertezza in cui versa il bambino sino a che non venga definita la questione della genitorialità venga dissipata nel più breve possibile tempo (*"as short-lived as possible"*)⁹¹. Ciò in quanto il minore, fino al riconoscimento del suo *status* di figlio, viene a trovarsi in una condizione di vulnerabilità. Nondimeno, e su questo passaggio torna ad apprezzarsi il valore del margine di discrezionalità lasciato ai singoli Stati, la Grande Camera precisa che l'articolo 8 CEDU non impone un obbligo generalizzato di riconoscere sin dal primo momento il rapporto di filiazione con la madre d'intenzione. La norma impone unicamente che, in tutti i casi in cui il legame stabilito legalmente all'estero ricorrendo alla maternità surrogata sia diventato una *"practical reality"* anche nel Paese in cui se ne richiede il riconoscimento, quest'ultimo venga garantito⁹². Resta inteso che la valutazione della fattispecie e della relazione tra minore e genitore spetta ancora una volta alle autorità nazionali, su cui graverà il compito di decidere se la relazione in esame abbia assunto o meno la forma di una realtà concreta. Ne consegue che, ai fini del rispetto della CEDU, non è importante il modo in cui le autorità interne sceglieranno di dare seguito a tale riconoscimento. La valutazione andrà fatta caso per caso e, allo scopo, potrebbero essere ritenuti idonei anche metodi alternativi alla trascrizione del certificato di nascita nel registro di stato civile⁹³. La cosa fondamentale è che una forma adeguata di riconoscimento sia comunque garantita *"promptly and effectively"*, così che il bambino non debba trovarsi per un tempo lungo in una situazione di incertezza giuridica⁹⁴. Tornando al caso di specie, la Corte EDU, limitandosi ad esporre a margine della propria decisione alcune considerazioni sull'ordinamento francese, lascia alle autorità interne il compito di valutare se la forma di riconoscimento prescelta risulti o meno in linea con i requisiti enunciati⁹⁵.

⁸⁸ Parere, par. 41. Ci si riferisce a pratiche abusive collegate alla maternità surrogata e all'opportunità per il minore di conoscere le proprie origini. Emblematico il caso *Paradiso e Campanelli*, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli* c. Italia, ricorso n. 25358/12, sentenza, 27 gennaio 2015 e sentenza della Grande Camera, 24 gennaio 2017. Si veda in proposito il commento di O. FERACI, *"Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia"*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.

⁸⁹ Parere, par. 42.

⁹⁰ Parere, par. 43-46.

⁹¹ Parere, par. 49.

⁹² Parere, par. 52.

⁹³ Parere, par. 53.

⁹⁴ Parere, par. 54-55.

⁹⁵ Parere, par. 58.

VI. L'Italia tra la ratifica del Protocollo n. 15 e il “no” al Protocollo n. 16: Un lungo ed incerto iter legislativo

35. L'Italia al momento non figura tra i Paesi che hanno ratificato il Protocollo n. 16, pur avendo proceduto tempestivamente alla firma dello stesso il 2 ottobre 2013. L'iter legislativo finalizzato al recepimento si è arenato alla Camera dei Deputati. Il destino del Protocollo n. 16 inizialmente era stato unito a quello dell'altro Protocollo, il numero 15, ed affidato ottimisticamente ad un unico disegno legislativo. La scelta non ha però tenuto conto della diversità dei due strumenti e degli ostacoli che si sarebbero potuti frapporre, come in effetti accaduto, alla ratifica soprattutto con riguardo al Protocollo n. 16, anche alla luce dei difficili negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU interrotti dopo la posizione negativa espressa dalla Corte di giustizia⁹⁶. Uno dei nodi fondamentali riguarda proprio il Protocollo n. 16 e, più precisamente, il difficile coordinamento fra competenza consultiva della Corte EDU disciplinata dal Protocollo, da un lato, e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea disciplinata dai trattati, dall'altro lato.

36. Come noto il Protocollo n. 15, firmato il 24 giugno 2013, è un atto di emendamento alla CEDU ed è stato pensato, nell'ambito della dichiarazione di Brighton⁹⁷, con l'intento di garantire una maggiore efficienza e celerità nella risoluzione dei ricorsi e di attribuire un ruolo di rilievo al principio di margine di apprezzamento del giudice⁹⁸. In sintesi, il Protocollo n. 15 modifica la CEDU nei seguenti punti: aggiunge nei considerando un riferimento espresso al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento degli Stati; riduce da sei a quattro mesi il termine entro cui il ricorso deve essere introdotto; elimina la condizione di ricevibilità del ricorso relativa all'esame debitamente compiuto da un giudice interno mantenendo inalterata quella relativa al pregiudizio significativo, salvo che il rispetto dei diritti umani esiga un esame del merito; priva le parti in causa della possibilità di opporsi alla decisione di una Camera e infine modifica il limite di età per l'elezione a giudice prevedendo un'età inferiore ai sessantacinque anni alla data di trasmissione della lista con i tre nominativi dei candidati all'Assemblea parlamentare⁹⁹.

37. Per ciò che riguarda l'iter di ratifica in Italia, il 30 dicembre 2014, nel corso della XVII legislatura, il Governo aveva presentato un disegno di legge di ratifica ed esecuzione di entrambi i protocolli¹⁰⁰ approvato, in prima lettura, dalla Camera dei deputati, il 26 settembre 2017 ma mai approvato in via definitiva in Senato.

Una nuova proposta¹⁰¹ è stata presentata dal Governo in data 10 agosto 2018. Quest'ultima, pur riproducendo nella sostanza gli stessi contenuti del precedente disegno di legge, è rimasta ferma alla Camera dei Deputati¹⁰².

⁹⁶ Corte di Giustizia, Parere 2/13 del 18.12.2014, EU:C:2014:2454, par. 176. Cfr. *supra* nota 66.

⁹⁷ *Supra* par. 1.

⁹⁸ È la prima volta che si interviene sul Preambolo della Convenzione, rimasto inalterato dal 1950. Si vedano in proposito le posizioni espresse in sede parlamentare da M. De Salvia nella sua audizione del 5 novembre 2019 presso le Commissioni riunite Giustizia e Esteri condensate in *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): tracce sintetiche*, in www.camera.it, p. 5; e anche V. ZAGREBELSKY che, nel corso della sua audizione informale del 19 novembre 2019, disponibile su <https://webtv.camera.it/evento/15423>, evidenzia come sia la prima volta che si interviene sul testo originario del Preambolo per introdurre un espresso riferimento al principio di sussidiarietà e all'apprezzamento del margine di discrezionalità nazionale già presenti da tempo nella giurisprudenza.

⁹⁹ B. NASCIBENE, “La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto”.

¹⁰⁰ Disegno di legge n. 2801, Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

¹⁰¹ Disegno di legge n. 1124, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013*.

¹⁰² L'esame in Commissione è iniziato il 23 gennaio 2019. Il testo, in particolare, introduce una nuova ipotesi di sospensio-

38. Rimaneva tuttavia da risolvere con solerte urgenza il problema del recepimento del Protocollo n. 15 che, in quanto protocollo di emendamento, per l'entrata in vigore richiedeva obbligatoriamente la ratifica di tutti gli Stati parti della CEDU. Trascorsi oltre sette anni dal momento in cui è stato aperto alla firma, l'unica ratifica mancante era proprio quella dell'Italia¹⁰³. Per evitare che il ritardo si traducesse in problemi a livello internazionale e persistendo ancora più o meno fondate obiezioni alla ratifica del Protocollo n. 16¹⁰⁴, le Commissioni Giustizia e Affari esteri riunite hanno proposto lo stralcio dal disegno di legge di autorizzazione destinato alla ratifica di entrambi i protocolli la parte relativa al recepimento del Protocollo n. 16¹⁰⁵. Con l'approvazione dei necessari emendamenti il 29 luglio e il 23 settembre, con i quali è stata accolta la proposta, il 30 settembre è stato approvato alla Camera un disegno di legge finalizzato unicamente alla "ratifica ad esecuzione del Protocollo n. 15", approvato in via definitiva anche dal Senato il 12 gennaio 2021¹⁰⁶.

39. Nondimeno, alla luce del fatto che la competenza consultiva istituita dal Protocollo n. 16 consente di ampliare e rafforzare quel necessario e proficuo dialogo istituzionale tra giudici, è bene

ne facoltativa dei processi dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali e designa come autorità legittimate a richiedere il parere consultivo, rispettivamente la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Rispetto a quanto previsto nel primo disegno di legge, l'art. 3, 3° comma, del DDL 1124 rimette alla Corte Costituzionale il potere di stabilire se essere abilitata o meno a presentare richieste di parere alla Corte EDU, prevedendo che essa possa provvedere "con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma 1". La norma attribuisce dunque direttamente alla Corte Costituzionale, in conformità agli articoli 14 e 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la scelta da effettuarsi tramite regolamento. A motivo di ciò nel gennaio 2019, la stessa Corte Costituzionale ha rivolto un formale invito al Parlamento affinché fosse accelerato il processo di approvazione della legge di ratifica e di attuazione del Protocollo n. 16 alla CEDU, nella prospettiva del rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali, Comunicato dell'11 gennaio 2019, Intitolato "Dialogo tra Corti" Per la piena tutela dei diritti fondamentali il Parlamento Approvi Il "Protocollo 16" per rafforzare il dialogo" reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf.

¹⁰³ È stato evidenziato in dottrina da E. LAMARQUE, "La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa", che i lunghi tempi di attesa rischiavano di essere letti come uno "sggradevole sabotaggio della riforma del sistema Cedu".

¹⁰⁴ Si vedano le critiche di M. LUCIANI, "Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU", in *Sistema penale*, 2019; G. CERRINA FERRONI, "Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", in *Federalismi.it*, n. 5./2019; F. VARI, "Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU", in *Dirittifondamentali.it*, 2019. In senso diverso R. SABATO, "Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU", in *Sistema penale*, 2019. Per una rassegna delle opinioni espresse e per rilievi sull'utilità della ratifica: R. CONTI, "Chi ha paura del Protocollo n. 16 e perché?", in *Sistema penale*, 2019; e ID., "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea"; A. CANNONE, "Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: audizioni parlamentari", in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 859 ss.; G. ZAMPETTI, "Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico", in *Federalismi.it*, n. 3/2020; E. CRIVELLI, "The Italian debate about the ratification of Protocol n. 16", in *Eurojus*, 2021. Per le opinioni espresse alla Camera, audizioni disponibili al seguente link, https://www.camera.it/leg18/1104?shadow_organoparlamentare=2803&id_tipografico=03, si ricordano, in particolare, le opinioni critiche dell'on. Boldrini che evidenzia conseguenze "di una dilatazione certa della lunghezza dei processi" e di una potenziale "deriva europeista in campo giuridico", o l'affermazione della relatrice On. Ehm secondo cui il Protocollo presenta "profili di criticità connessi al rischio di erosione del ruolo delle alte Corti giurisdizionali italiane e dei principi fondamentali del nostro ordinamento", o quella dell'on. Dalmaistro delle Vedove, secondo cui la ratifica del Protocollo, "sciagurato", rappresenterebbe "una pietra tombale sulla sovranità giuridica italiana sull'autonomia del diritto italiano".

¹⁰⁵ A seguito della decisione di dividere il destino dei due Protocolli si è avviato un intenso dibattito sulla rivista on line Giustizia insieme sull'opportunità o meno di procedere alla ratifica del Protocollo 16, www.giustiziainsieme.it, inaugurato dall'editoriale del 12 ottobre 2020 dal titolo *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla Cedu e animato da contributi volti ad auspicare una pronta riattivazione del procedimento di ratifica del Protocollo n.16*. Hanno preso parte al dibattito: A. RUGGERI, "Protocollo 16: funere mersit acerbo", 22 ottobre 2020; C. PINELLI, "Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale", 3 novembre 2020; E. LAMARQUE, "La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa", 18 Novembre 2020; C.V. GIABARDO, "Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts", 28 novembre 2020; E. CANNIZZARO, "La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16", 8 dicembre 2020; e S. BARTOLE, "Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare", 13 gennaio 2021, B. NASCIMBENE, "La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto", 29 gennaio 2021.

¹⁰⁶ Legge n. 11 del 15 gennaio 2021 in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 10 febbraio entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione, ossia l'11 febbraio 2021.

auspicare che per l'Italia si tratti solo di un rinvio e non di un abbandono dell'iter legislativo finalizzato alla sua ratifica¹⁰⁷.

VII. Conclusioni

40. Alla luce del parere reso, che come evidenziato ha rappresentato il banco di prova del nuovo meccanismo consultivo introdotto dal Protocollo n. 16, è possibile formulare alcune riflessioni sul funzionamento dello strumento, con particolare riguardo all'atteggiamento tenuto dalla Corte.

Al momento in cui si scrive sono cinque le nuove richieste pervenute alla Corte EDU¹⁰⁸ di un parere, utilizzando la nuova competenza consultiva introdotta dal Protocollo n. 16.

41. Una tra le cinque richieste pervenute non ha superato il filtro di ammissibilità. La Corte EDU, riconfermando l'atteggiamento rigoroso con cui ha delimitato il perimetro del mandato ricevuto nell'ambito del primo parere reso, ha infatti chiarito che per la loro natura, il loro grado di novità e/o di complessità, alcune delle questioni sottoposte con la richiesta di parere non richiedessero il necessario intervento della Corte EDU per assicurare, nella risoluzione della causa pendente dinanzi al giudice *a quo*, il rispetto dei diritti della CEDU.

42. Se da una parte l'atteggiamento restrittivo della Corte EDU potrebbe risolversi in una perdita di efficacia e di concretezza dello strumento, poiché si rischia di giungere a considerazioni troppo generiche non idonee a risolvere i dubbi interpretativi sollevati incentivando la proposizione di ricorsi individuali e annullando l'auspicato collaterale effetto deflativo del contenzioso, dall'altra potrebbe portare ad ampliare la platea degli Stati che ratificheranno il protocollo. L'atteggiamento prudente della Corte EDU, infatti, potrebbe vincere le resistenze di quanti temono un'ingerenza in punto di sovranità nazionale (l'Italia *in primis*) o addirittura agevolare il percorso di adesione dell'Unione europea alla CEDU, superando le opinioni negative di quanti ritengono che possa esserci il rischio di un mancato coordinamento con la procedura di rinvio pregiudiziale e le competenze della Corte di giustizia.

43. Altro aspetto da considerare è la celerità con cui la Corte EDU sta tentando di elaborare i pareri. Appena sei mesi per quello sollevato dalla Corte di Cassazione francese e otto mesi per quello sollevato dalla Corte costituzionale armena. Questo aspetto potrebbe dissipare anche le obiezioni riguardanti il rischio di dilazione della durata del processo e il fatto che il rinvio possa fornire l'occasione di ricorrere a tecniche dilatorie da parte dei soggetti in causa.

44. Per quanto riguarda gli effetti del parere sugli altri ordinamenti al momento sembra valida l'ipotesi che gli Stati parti della Convenzione, che hanno ratificato il Protocollo n. 16, pur nell'esercizio

¹⁰⁷ Come evidenziato il dibattito in dottrina è ancora aperto v. *supra* in nota 105.

¹⁰⁸ Si segnalano altre cinque nuove richieste di parere successive a quella presentata dalla Corte di Cassazione francese in tema di maternità surrogata. La seconda richiesta è giunta dalla Corte costituzionale armena a proposito della compatibilità con la CEDU di una norma del codice penale nazionale e ha dato origine al parere del 29 maggio 2020. Una terza richiesta è pervenuta dalla Corte Suprema slovacca con riferimento all'indipendenza del meccanismo di indagine slovacco relativo ai reclami contro la polizia. Tale richiesta non ha però superato il filtro di ammissibilità. La Corte EDU ha rigettato la richiesta evidenziando che "*The Court considered that the questions raised in the present request for an advisory opinion, on account of their nature, degree of novelty and/or complexity or otherwise, did not concern an issue on which the requesting court would need the Court's guidance to be able to ensure respect for*

Convention rights when determining the case pending before it", si veda il comunicato diffuso e disponibile al seguente indirizzo <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>. A seguire sono pervenute altre tre richieste, che superato il filtro di ammissibilità sono attualmente in corso di esame, rispettivamente dalla Suprema Corte Amministrativa lituana il 5 novembre 2020 in tema di *impeachment*, dalla Corte di Cassazione armena l'11 marzo 2021 sulla compatibilità con l'articolo 7 della Convenzione del diritto interno che non preveda la non applicazione dei termini di prescrizione in caso di reati di tortura o equivalenti, e dal Consiglio di Stato francese il 15 aprile 2021 riguardante il diritto delle associazioni di proprietari terrieri di non concedere oltre i propri terreni ad un'associazione di caccia ufficialmente riconosciuta.

della discrezionalità consentita dall'articolo 5, seguiranno l'orientamento dettato dalla Corte EDU. Per ciò che riguarda i Paesi che, al contrario, non hanno ratificato il protocollo, essi potrebbero, nel trattare questioni analoghe, seguire comunque le indicazioni fornite, riconoscendo indirettamente al parere consultivo reso, una generalizzata autorevolezza anche in considerazione del fatto che i pareri costituiranno pur sempre dei precedenti, seppur non vincolanti, che influenzeranno inevitabilmente la prassi successiva in sede contenziosa e di fatto entreranno a far parte della *case-law* della Corte di Strasburgo.

45. I pareri resi costituiscono solo un primo passo verso il consolidamento di una forma di dialogo istituzionalizzato tra giudici sulla base del Protocollo n. 16 ma è evidente che il compito principale è riservato alla Corte EDU sulla quale grava l'onore di adottare un atteggiamento idoneo a rafforzare il valore intrinseco della nuova funzione consultiva attribuitale.

LA NUEVA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL: PRIMER PASO PARA UNA VERDADERA ARMONIZACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

THE NEW TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY: FIRST STEP OF A TRUE INTERNATIONAL TAX HARMONIZATION

PEDRO-JESÚS JIMÉNEZ VARGAS
Doctor profesor de Derecho Fiscal
Universidad Internacional de La Rioja
ORCID ID: 0000-0002-1184-7288

Recibido:17.11.2021/Aceptado:02.12.2021
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6688>

Resumen: La globalización de la economía digital está poniendo de manifiesto numerosas fisuras en la actual estructura del Sistema fiscal Internacional encorsetado en una economía global donde cada vez es menos necesaria la presencia física de las empresas, fundamentalmente multinacionales que operan a través de las redes. Esta circunstancia implica un grave problema para determinar en qué jurisdicción deberían gravarse los beneficios obtenidos. En este contexto organizaciones como la OCDE e instituciones como la Unión Europea continúan trabajando en busca de soluciones que transformen la fiscalidad internacional hasta el punto de llegar a un consenso que podría ser el germen de una verdadera armonización fiscal internacional que comenzaría con el establecimiento de una tasa impositiva global para las rentas digitales.

Palabras clave: armonización, fiscalidad, economía, digital, impuesto, internacional.

Abstract: The globalization of the digital economy is revealing numerous cracks in the current structure of the International Tax System confined in a global economy where the physical presence of companies, mainly multinationals that operate through networks, is less and less necessary. This circumstance poses a serious problem in determining in which jurisdiction the profits obtained should be taxed. In this context, organizations such as the OECD and institutions such as the European Union continue to work in search of solutions that transform international taxation to the point of reaching a consensus that could be the germ of a true international tax harmonization that would begin with the establishment of a global tax rate for digital income.

Keywords: harmonization, taxation, economy, digital, tax, international.

Sumario: I. Introducción. II. La Fiscalidad Digital Internacional: 1. Desafíos fiscales internacionales derivados de la digitalización de la economía. – III. Armonización Fiscal Europea: La Presencia Digital Significativa y el Impuesto a los Servicios Digitales (ISD): 1. Propuestas sobre fiscalidad Digital en Europa. 2. Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa a la creación de normas para empresas con presencia digital significativa COM (2018) 147/0072 (CNS) 3. Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al Sistema Común del Impuesto sobre los Servicios Digitales COM 148 Final 2018/0073 (CNS) IV. Implementación del ISD y su problemática: 1. Im-

plementación del ISD en Europa y España: Ley 4/2020. 2. Críticas y problemática del Impuesto a los Servicios Digitales . V. Propuestas de la OCDE para un nuevo Derecho Internacional de Imposición: 1. Los Pilares Tributarios de la OCDE: Aspectos esenciales. 2. Pilar Uno: Reasignación de Derechos Fiscales. 3. El conflicto del Pilar Uno de la OCDE. 4.. Pilar Dos: Mecanismo Internacional de erosión anti-base. 5. La Reforma Fiscal Global. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El 01 de julio de 2021, 130 Estados y jurisdicciones se reúnen en Venecia (Italia) para cerrar un acuerdo de cara a continuar implementando las recomendaciones de la Acción 1 del Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), auspiciado por la Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos (OCDE). Con esta última reunión se ha pretendido mitigar los retos y desafíos que plantea la fiscalidad internacional en relación a la economía digital, por lo que estaríamos en una versión BEPS 2.0 del Plan. Este proyecto está basado en dos Pilares que tienen como objeto final establecer una reforma del Sistema Fiscal Internacional, para asegurar que las empresas multinacionales que transaccionan a través de las redes, estén sujetas y graven sus rentas en aquellos territorios donde generen sus beneficios, y no solo en aquellos lugares donde tienen presencia física. De este modo estaríamos dando mayor certidumbre y certeza tributaria a los sistemas fiscales de los Estados, circunstancia que permitiría a los gobiernos recaudar los recursos que les corresponden para hacer frente al sostenimiento de los gastos públicos, qué si cabe aún más, en tiempos post/Covid son más perentorios.

2. Para la OCDE es fundamental este acuerdo para lograr actualizar el Sistema Tributario Internacional que actualmente se encuentra algo rezagado respecto a los desafíos que conlleva la digitalización de la economía en general, y en un entorno global. Este acuerdo está firmado por 130 Estados, la mayoría de ellos, incluidos en el Marco del Plan BEPS, un marco que quedó consolidado con la ratificación y firma del Convenio o Instrumento multilateral del año 2017. Debemos señalar que el Plan BEPS tiene su origen en 2013, en el seno del G-20, previos acuerdos y negociaciones que llevaron a un reporte final publicado en 2015; este proyecto en su Acción 1, nos habla de los retos y desafíos que plantea la economía digital; en dicha acción no solo se describe la erosión de la base imponible de los Estados, sino que, además, se pretende buscar los principios de asignación de derechos de imposición entre los mismos. Durante los años 2018 y 2020 la OCDE continuó trabajando en un marco inclusivo que culminó con dos reportes o planos, (*blueprints*) Pilar 1 y Pilar 2.

3. En términos generales, con el Pilar 1, se pretende asegurar una distribución más justa de las utilidades y de los derechos impositivos entre los Estados en relación a los Grupos Multinacionales (GM) y no solo en relación al número de empresas o compañías que prestan servicios digitales. En este sentido, se plantea hacer una redistribución de los derechos de tributación de los Estados con GM, orientados hacia donde se encuentran los usuarios y consumidores; esto implicará nuevos conceptos de “nexo”, “establecimiento permanente” y del propio principio de “plena competencia”. En cuanto al Pilar 2, con un tipo mínimo del 15%, se espera que con este impuesto mínimo se recauden a nivel mundial, aproximadamente 150 mil millones de Dólares estadounidenses en ingresos fiscales por año. Por otra parte, se obtendrá un caudal adicional de la estabilización del sistema impositivo internacional, y una mayor “certeza tributaria” tanto para los contribuyentes como para las haciendas tributarias de los Estados. A nivel internacional y en relación al Pilar 2, se ha establecido un importante calendario para concluir las negociaciones. Este calendario tiene como fecha destacada octubre de 2021, para finalizar los acuerdos de los dos pilares de la OCDE, así como la fecha en la que se deberá implementar dichas medidas, que esperan hacerse efectivas en 2023.

II. Fiscalidad digital internacional

1. Desafíos fiscales internacionales derivados de la digitalización de la economía

4. Debido a la naturaleza de estos desafíos, y la complejidad de poner límites a la economía digital, el enfoque de esta situación “crítica”, pasa por buscar una solución integral basa en el consenso y compromiso donde los Estados aborden tanto la asignación de derechos tributarios, como los desafíos que plantea BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), en su acción 1; de este modo se podría garantizar y apoyar un sistema tributario equitativo tanto para las multinacionales digitales, como para empresas tradicionales. No obstante, la ausencia de compromiso conllevaría en última instancia una serie de acciones unilaterales que en una economía global frágil, podrían llegar a dañar la inversión y el incremento de la actividad económica de los Estados, obstaculizando la capacidad de los gobiernos de aumentar sus ingresos de cara a poder invertir en programas.

5. La fiscalidad digital presenta unos retos o desafíos que están plasmados en la Acción 1 del Plan BEPS. que afectan a este nuevo modelo de negocio¹:

Primero; El nexo o criterio de sujeción: 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 1, se 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».

6. Con el nuevo modelo económico digital, han aparecido nuevos vectores de valor que en infinidad de ocasiones son invisibles, y que han revolucionado por completo muchos sectores económicos a nivel internacional, creando nuevos modelos de negocio, que a su vez, erosionan la necesidad de proximidad del mercado objetivo. Actualmente son tres los fenómenos a tener en cuenta en la fiscalidad de las rentas digitales como consecuencia de una digitalización a gran escala; estos son: (i) la dependencia de los activos intangibles, (ii) la centralización de datos, y (iii) la amenaza a los cimientos de la tributación internacional. Estas circunstancias o fenómenos quedan claramente plasmados en la acción 1 de BEPS que establece:

«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»².

7. Cuando hablamos de intangibilidad hacemos referencia a aquellos activos cuya dificultad radica en identificar y cuantificar su valor, ya que estamos hablando de bienes inmateriales. Ante la in-

¹ Proyecto OCDE/G-20 de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios. “Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital”, pág. 137. Recuperado en: <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

² Proyecto OCDE/G-20 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>

tangibilidad en este contexto, la OCDE se limita a identificar los equipos y los materiales tecnológicos para detectar un posible establecimiento permanente; de hecho, si el espacio en los servidores se alquila a otra empresa o proveedor de Internet y, el negocio digital no tiene propiedad o alquiler de servicio físico, no podríamos considerar la existencia de establecimiento permanente, en adelante (EP). En este caso la existencia de personal que gestione los servidores y demás hardware no son esenciales para entender que existe EP. Por lo tanto, es factible pensar que nos encontramos ante actividades preparatorias o auxiliares tales como: proporcionar enlaces de información entre proveedores y clientes, publicidad, servidores espejo utilizados a menudo como sistemas de respaldo o para acelerar las conexiones, recopilar datos para la empresa, o bien, proporcionar información. Esta inmaterialidad provoca distorsiones en la cadena de valor en cuanto a lo que implica la creación de mismo.

8. A la hora de crear valor en el contexto digital, la economía digital está sujeta en gran medida al proceso e intercambio de datos, de ahí, la importancia y relevancia de saber manejar grandes volúmenes de datos que genera este tipo de economía donde las grandes multinacionales necesitan recabar información relativa tanto de sus consumidores, como de sus proveedores; del mismo modo necesitan intercambiar dichos datos para mejorar y optimizar sus servicios.

9. En cuanto a la tributación internacional, la digitalización supone una amenaza para la fiscalidad de muchos Estados, en cuanto a que cada vez son más frecuentes los negocios a través de plataformas que no requieren de presencia física en el territorio donde se efectúa la transacción. El comercio digital ha flexibilizado el comercio tradicional hasta el punto de que un elevado número de empresas están desterritorializando su actividad económica y por lo tanto su fiscalidad.

10. Hoy en día mediante el uso de Internet se puede operar desde cualquier parte del Mundo, sin que sea necesario una presencia física, lo que genera que muchas empresas intenten evitar la incidencia fiscal basada en el territorio, o el criterio de permanencia asociado a la residencia, lo que provoca el efecto de desterritorializar la fiscalidad por realizar un tipo de comercio intangible o inmaterial. Desde nuestro punto de vista esta circunstancia nos debe de llevar a plantearnos la creación de nuevas reglas que impidan la erosión y el traslado de beneficios a Estados fiscalmente más favorables.

11. Esta circunstancia cuestiona repetidamente la eficacia de la declaración de beneficios que actualmente existe y, las reglas para aplicar la fiscalidad sobre los ingresos generados por las actividades transfronterizas; a su vez, las nuevas tecnologías han facilitado la aparición de prácticas ilícitas que como hemos comentado provocan la erosión fiscal por el traslado de beneficios y ganancias de multinacionales a jurisdicciones con una tributación más blanda; es aquí, donde está la esencia del proyecto o Plan BEPS, que sigue siendo una prioridad para OCDE y para los países adheridos a él; un plan que además representa un avance en la supresión de la doble imposición, y la gran capacidad de llevar a cabo un enfoque multilateral coordinado.

12. A nivel internacional los impactos fiscales son importantes, y alcanzan o afectan tanto a los impuestos directos, como a los indirectos, trascendiendo a cuestiones más amplias de la política fiscal y de la Administración Tributaria. En el centro del debate aparecen las normas internacionales en relación, por ejemplo, al Impuesto sobre la Renta, desarrolladas en un entorno económico “físico”, donde nos encontramos con un establecimiento permanente, y donde desde hace más de un siglo siguen siendo relevantes para la economía global. En este sentido el sistema tributario global determina como regla básica la presencia física, donde las ganancias generadas se deben gravar en el lugar donde se encuentra la actividad económica, garantizando con ello una seguridad fiscal que evite y elimine la doble imposición en el comercio mundial.

13. La aparición de nuevos modelos de negocios digitales y las diversas definiciones de presencia imponible reconocida por las naciones, han provocado una notable erosión de la base imponible y, a

su vez, el traslado de beneficios desde territorios con una fiscalidad alta hacia otros con impuestos bajos. Aun cuando la iniciativa de la Unión Europea a través de su Propuesta de Directiva COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS)³ representa un esfuerzo importante para integrar el término de establecimiento permanente virtual en un contexto internacional en relación al Impuesto sobre la Renta, la contraposición de ciertos Estados miembros provocó la paralización del proyecto.

14. Como resultado, algunos territorios como España, impusieron de forma unilateral su propio impuesto a los servicios digitales (ISD). Aunque muchos impuestos pueden plantear problemas en su implementación, existen otros desafíos importantes estructurales de diseño que son consustanciales al ISD que analizaremos en el presente documento. Un acuerdo internacional ayudaría a solucionar ciertos desafíos para lograr soluciones multilaterales y duraderas, a aquellos inconvenientes que se plantean en la economía digital con respecto a la fiscalidad mundial.

15. Con el fin de abordar la creciente trascendencia de la economía digital y los desafíos que aparecen en la fiscalidad internacional, la mayor parte de los Estados de la OCDE, desarrollaron políticas para mantener y recobrar sus derechos fiscales. En particular durante la última década el debate en política fiscal nacional e internacional se ha establecido en torno a dos importantes grupos de medidas compensatorias que inicialmente son contradictorias; por una parte, nos encontramos con los esfuerzos para restaurar el presente marco fiscal mundial del Impuesto sobre Beneficios de las Sociedades y, por otra parte, con el reto de desarrollar un nuevo marco legal internacional para gravar las rentas procedentes de la economía digital.

16. El primer grupo de medidas, entran en vigor mediante ajustes importantes en el marco actual del Impuesto sobre Sociedades; dichos ajustes permitirán a los Estados ejercer el derecho a gravar a aquellas empresas multinacionales que tengan presencia significativa en el territorio, sin distinguir entre empresas multinacionales digitales y el resto de empresas tradicionales.

17. Para conseguir la reasignación entre presencia imponible, y presencia en el mercado, numerosos autores sugieren continuar con el Impuesto sobre Sociedades, pero complementándolo con nuevos criterios en relación al establecimiento permanente, que serán aplicados una vez que se haya comprobado la presencia digital significativa en el territorio o mercado donde se originen los beneficios.

18. Si bien la adopción de establecimiento permanente virtual puede suponer una posible solución sistémica y técnicamente adecuada a las directrices del plan BEPS, su utilización práctica puede resultar ineficiente, además, de tener dificultades a la hora de adoptarla. Por lo tanto, en esta circunstancia cabe hacerse la pregunta de: *¿Que puede hacerse mientras tanto?*; pues bien, ante esta pregunta, encontramos autores como, KOFLER, MAYR y SCHLAGER (2017)⁴, que plantean la creación de nuevas figuras impositivas que permitan a los Estados origen de la comercialización recaudar impuestos en función de la ubicación de los usuarios del negocio digital en función del lugar donde se encuentren radicados los usuarios de las empresas digitales.

19. En este sentido el debate público ha avanzado hasta el punto de que muchos Estados como España han establecido sus propios impuestos, como es el caso del “Impuesto sobre Servicios Digitales”, que ha generado una importante relevancia en los dirigentes económicos y sus gobiernos correspondientes. Aunque existen dificultades de implementación que pueden condicionar la introducción de nuevos impuestos, no es menos cierto que existen retos estructurales y de diseño que son inherentes al ISD. Dichos retos serán tratados a lo largo del este estudio.

³ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa al Sistema Común del Impuesto sobre los Servicios Digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148>

⁴ Vid. G. KOFLER/ G. MAYR/ C. SCHLAGER, European Union - Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution? Revista European taxation, Vol.57. N°. 12.2017, Págs, 523-532.

20. En este debate investigadores de renombre como COLLIN y COLIN (2013)⁵, proponen en su momento el término “establecimiento permanente” para solucionar la cuestión del BEPS. En su teoría afirman que la renegociación de los Convenios sobre Doble Imposición (CDIs) bilaterales entre los Estados que propugna el plan BEPS puede que no sea la única forma de reformar el derecho internacional en materia de imposición.

21. Ambos autores consideran que, en el caso de instituciones como la Unión Europea, aunque ésta no tiene autoridad para armonizar la legislación sobre impuestos directos de sus Estados miembros, sin embargo, y en base al artículo 115 de TFUE, sí podría emitir directivas para aproximar las leyes reglamentos o disposiciones de los Estados en materia de impuestos que afecten a su territorio. Pues bien, este es el camino que está siguiendo la UE, a partir de su propuesta de directiva de 2018 del Consejo, relativa al sistema común del Impuesto a los Servicios Digitales que grave los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales.

22. Por su parte, OCDE en su Informe Intermedio⁶ de 2018, analiza este tema; que converge con la propuesta de directiva comunitaria, manteniendo que: las naciones de origen deben tener derecho a gravar las rentas empresariales de actividades transfronterizas siempre y cuando una sociedad extranjera tenga presencia digital significativa en un determinado territorio. Hasta el momento, es la propuesta de directiva de la UE, la que mantiene una posición más avanzada con respecto a la incorporación del término establecimiento permanente virtual en el contexto internacional en relación al impuesto sobre beneficios.

23. En este punto, debemos matizar que la iniciativa europea se encuentra con dos inconvenientes de viabilidad; por un lado, para que ésta sea efectiva la introducción del concepto establecimiento permanente virtual necesita de un consenso unánime de todos los Estados miembros, como establece la propia propuesta; de lo contrario la efectividad quedaría minimizada de la misma forma que ocurre cuando se establecen enmiendas al concepto de EP, que los Estados pueden efectuar a la hora de suscribir sus convenios sobre doble imposición, siempre en base a lo que establece el Instrumento Multilateral⁷ (IM), que no es otra cosa que, un convenio multilateral suscrito ya por más de 95 Estados, los cuales se ven limitados por el mero hecho de que jurisdicciones tan importantes como Estados Unidos, aun no lo han suscrito, ni se han pronunciado al respecto, expresando ciertas reservas sobre dicho instrumento. Por otro lado, el segundo inconveniente sería la posible no aplicación del umbral de presencia digital significativa para las rentas obtenidas en Europa por sociedades no residentes en un Estado miembro de la UE, con el país de origen de la UE, con el que se tenga suscrito un CDI, en adelante (Convenio sobre Doble Imposición), aplicándose en tales casos el umbral del establecimiento permanente tradicional.

24. La aparición de nuevos modelos de negocios digitales ha provocado que muchos de los criterios tradicionales que existían para determinar la presencia imponible a la hora de tributar, hayan que-

⁵ Vid. P. COLLIN y N. COLIN. (2013) “Task Force on Taxation of the Digital Economy”. Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy, pág. 120. En: https://www.hldataprotection.com/files/2013/06/Taxation_Digital_Economy.pdf

⁶ OECD/G-20 Base Erosion and Profit Shifting Project Tax Challenges Arising from Digitalisation Interim Report 2018. Recuperado en : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1633485680&id=id&accname=guest&checksum=0C1EA32D6534F2C85A67E34AF0C4CC15>

⁷ El 1 de julio de 2018 entra en vigor el Convenio Multilateral o Instrumento Multilateral, al que se adhieren inicialmente con su firma en París más de 70 Estados el 7 de junio de 2017. Este instrumento multilateral comenzó a gestarse en el año 2013, a través del Plan BEPS, cuyo origen se encuentran en una iniciativa auspiciada por el G-20 en el marco de la OCDE. Este Plan ratificado mediante el Convenio Multilateral se presenta como una verdadera oportunidad para unificar criterios fiscales a nivel global, unos criterios basados en unos estándares mínimos en la lucha contra la evasión y elusión fiscal y el traslado de beneficios, así como en la mejora en resolución de conflictos entre Estados en la aplicación de tratados para evitar la doble imposición. Estos estándares mínimos se centran en las siguientes acciones: Acción 5 (medidas fiscales perniciosas), Acción 6 (abuso de convenios), Acción 13 (información país por país) y Acción 14 (resolución de controversias mediante procedimientos amistosos). En el siguiente enlace aparece el documento ratificado a fecha de 21 de septiembre de 2021 por más de 95 Estados. Recuperado en: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beeps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>

dado obsoletos, como es el caso de la residencia y el establecimiento permanente, ya que estos criterios necesitan de un nuevo nexo o vínculo físico con el Estado. con esta idea según establece ALLEVATO (2019), «*diversas empresas multinacionales han diseñado sus cadenas de suministro con vistas a limitar su presencia imponible en países de fiscalidad alta*»⁸.

25. Del mismo modo, numerosos Estados y jurisdicciones han promulgado y otorgado a las empresas multinacionales tratamientos fiscales favorables mediante acuerdos previos con las Agencias tributarias, es lo que se conoce con el nombre de (*advance rulings*) o resoluciones anticipadas.

26. Para finalizar con este epígrafe, debemos destacar que los miembros del Marco Inclusivo de la OCDE/G-20 sobre BEPS, han estado siempre comprometidos en encontrar una solución integral basada en un acuerdo consensuado para los desafíos que se plantean en la economía digital y su fiscalidad; están comprometidos a entregar una solución lo antes posible; para ello, dentro del Marco Inclusivo se han convocado distintas consultas públicas en las que participan, gobiernos, organizaciones empresariales, la sociedad civil, académicos, etc. Esta circunstancia es el preámbulo para trazar una nueva ruta o camino a seguir por los Estados sobre distintos campos relacionados con la economía y la fiscalidad a nivel global. En este sentido todos los miembros del Marco Inclusivo han estado dedicando importantes recursos para obtener las soluciones oportunas ante los retos que se plantean.

III. Armonización fiscal europea: la presencia digital significativa y el impuesto a los servicios digitales

1. Propuestas sobre fiscalidad Digital en Europa

27. Para comenzar con este epígrafe, debemos señalar que para la Unión Europea al igual se sucede para la OCDE, el problema de la economía digital y su fiscalización ha estado siempre presente en sus agendas y en la de sus Estados, tal es así, que su afán ha sido que los Estados miembros puedan encontrar la fórmula para garantizar los ingresos procedentes de las actividades que se desarrollan vía online, sin olvidar las dificultades que aparecen al pretender gravar las rentas de aquellas empresas que carecen de presencia física. En este sentido durante los últimos años se han emitido numerosas propuestas de nuevas directivas encaminadas, por un lado, a establecer normas relativas a la fiscalidad de las empresas digitales con una presencia digital significativa. Por otro lado, a crear un sistema común de impuestos sobre los servicios digitales para gravar los ingresos de determinados servicios digitales.

28. El 21 de marzo de 2018, la Comisión Europea establece dos propuestas encaminadas a resolver los desafíos que plantea la economía digital; la primera de ellas, el establecimiento de un impuesto sobre los servicios digitales (Propuesta de ISD; la segunda propuesta, consistiría en el establecimiento de un paquete de medidas y normas relativas a la fiscalidad de empresas con presencia digital significativa. En cuanto a la primera de las propuestas, se establece que deberá aplicarse sobre ingresos brutos, fijando un tipo uniforme del 3% para todos los Estados miembros; por otra parte, en relación a la presencia digital significativa, la propuesta pasa por establecer un nuevo concepto de establecimiento permanente digital, complementado con nuevas normas de atribución de beneficios. Ambas propuestas fueron consensuadas en sendos comunicados que dieron lugar a la Propuesta de Directiva del Consejo COM (2018) 147/0072 (CNS), relativa a la creación de normas para empresas con presencia digital significativa, y la Propuesta de Directiva del Consejo COM (2018) 0148/073(CNS) relativa al establecimiento de un impuesto a los servicios digitales común que grave las rentas procedentes de los servicios digitales.

⁸ Vid. G. ALLEVATO, “*Multinational enterprises and design of a taxaligned global supply chain*”. *Legal Business World*, 2, 2019, Disponible en. <https://www.legalbusinessworld.com/post/2019/04/04/multinational-enterprises-and-design-of-a-tax-aligned-global-supply-chain>

29. En cuanto al contexto en el que aparecen las nuevas propuestas comunitarias, debemos señalar, que el constante aumento de la actividad económica a través de las redes constituye un fenómeno global que en mayor o menor medida contribuye al crecimiento de los Estados a nivel mundial y, por ende, al crecimiento de los territorios comunitarios. Para la UE el reto al igual que para organizaciones como la OCDE, es que las empresas digitales tributen lo que les corresponde en el lugar donde obtengan sus beneficios. Partiendo de esta premisa, los Estados buscan garantizar que los ingresos fiscales recaudados por actividades en línea, sean equitativos entre los mismos, mediante soluciones eficaces y duraderas.

30. Por lo tanto, para la Comisión Europea estas propuestas de directivas pretenden solucionar los problemas que pueden surgir como consecuencia de la no adaptación de normas actuales a la nueva economía digital, y de las nuevas normas que en el futuro se pretendan implementar. Dicha labor no se encuentra exenta de riesgos, circunstancia de la que la UE es conocedora, ya que hoy en día, nos encontramos ante un sistema fiscal internacional injusto, debido a que las empresas tradicionales soportan una mayor carga fiscal que las digitales, por lo que estas últimas gozan de ciertas ventajas respecto a las primeras, que terminarán repercutiendo en mayores beneficios no solo económicos, sino tecnológicos o en I+D. Por otra parte, existen lagunas entre los sistemas nacionales combinados con una realidad móvil y virtual, donde las empresas digitales reducen su carga fiscal con más facilidad de lo que debieran.

A continuación, pasaremos a analizar con detenimiento las distintas Propuestas de Directivas de la Unión Europea:

2. Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa a la creación de normas para empresas con presencia digital significativa COM (2018) 147/0072 (CNS)

31. En cuanto a la Propuesta de Directiva 2018/147/0072⁹, sobre el establecimiento de normas relativas a la fiscalidad de empresas con presencia digital significativa, debemos señalar que, en el contexto europeo, la Propuesta de Presencia Digital Significativa tiene como precedente la Estrategia para el Mercado Único Digital del año 2015, cuyo objeto estaba transformar la regulación y unificar criterios hacia un mercado único, lo que configuraba a Europa como líder en economía digital. Del mismo modo, encontramos otro precedente en la Propuesta de Directiva COM (2016) 685/0337 (CNS), relativa a establecer una base imponible común sobre el Impuesto de Sociedades, cuya finalidad está en establecer un conjunto de normas que consoliden los beneficios y la distribución de la base imponible a los Estados miembros; esta propuesta, no será objeto de este estudio.

32. Hoy en día la digitalización ha evolucionado hasta el punto de que para muchos Estados y sus administraciones tributarias supone una gran oportunidad para reducir cargas administrativas, además, de aumentar la colaboración entre ellas. Por otra parte, la digitalización también puede generar diversos problemas en los sistemas tributarios internacionales como consecuencia de los cambios de modelos empresariales. El auge de la economía digital está poniendo en evidencia el Sistema Fiscal Internacional que debe adaptarse a los nuevos modelos de creación de valor, para no quedar obsoleto.

33. A nivel internacional, Europa también, ha mirado a la OCDE, y al Plan BEPS del G-20, en el cual, se abordan los desafíos de la economía digital. En el mencionado proyecto se plantea el crecimiento de la digitalización y los nuevos retos fiscales a los que se enfrentan los Estados y la propia Unión Europea. Para ello la OCDE se basa en tres pilares, esto es: establecer una coherencia entre las normas que afectan a las actividades transfronterizas, reforzar los requisitos en materia fiscal digital en las normas ya existentes en los Estados, y preservar la alineación de la fiscalidad con localización de

⁹ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa. COM (2018)147 2018/0072 (CNS). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0147>

actividades económicas y la creación de valor. Finalmente, en el informe provisional de 2018, esta organización intergubernamental, habla de consolidar un régimen impositivo que grave equitativamente las rentas procedentes de las actividades digitales.

34. En este sentido, debemos pensar que hoy en día existen normas relativas a impuestos “de otra época”, como las relativas al Impuesto de Sociedades que fueron concebidas en su momento para una época muy diferente a la que nos encontramos hoy; estas, fueron creadas para gravar rentas obtenidas por empresas con establecimiento permanente, quedando una gran laguna fiscal para las rentas procedentes del comercio digital que como hemos señalado, no posee dicho establecimiento, sino que se basan en el criterio de la presencia digital significativa. Es por ello, que la Propuesta de la Unión Europea relativa establecer normas para la fiscalidad de empresas con presencia digital significativa recobra todo su sentido, ya que tiene como objetivos, establecer un nexo imponible para empresas digitales sin presencia física comercial y, establecer unos principios para atribuir los beneficios a su actividad. Para analizar la presente propuesta de directiva debemos partir de estos objetivos, que como hemos comentado son, por un lado, el establecimiento de un nexo impositivo para empresas multinacionales que operan internacionalmente con presencia comercial, pero sin establecimiento permanente físico, y por otro, el establecimiento de normas o reglas para atribuir los beneficios a una actividad empresarial digital; ambos objetivos aparecen descritos en los artículos 4 y 5 respectivamente del Capítulo II de la Propuesta.

35. En cuanto al primero de los objetivos, (nexo imponible) lo podemos encontrar en el artículo 4, apartado tercero, donde se establece que: *«Se considerará que existe una presencia digital significativa en un Estado miembro en un periodo impositivo si la actividad ejercida a través de la misma consiste total o parcialmente en la prestación de servicios digitales a través de una interfaz digital y se cumplen una o varias de las siguientes condiciones con respecto a la prestación de dichos servicios por parte de la entidad que ejerce esa actividad, junto con la prestación de tales servicios a través de una interfaz digital por cada una de las empresas asociadas de dicha entidad en términos agregados»:*

- a) *«la proporción de los ingresos totales obtenidos en ese periodo impositivo y resultante de la prestación de los servicios digitales a usuarios situados en dicho Estado miembro durante el mismo periodo impositivo sea superior a 7.000.000 euros»;*
- b) *«el número de usuarios de uno o más de los servicios digitales que estén situados en ese Estado miembro en dicho periodo impositivo sea superior a 100.000»;*
- c) *«el número de contratos entre empresas para la prestación de tales servicios digitales que suscriban en ese periodo impositivo los usuarios situados en dicho Estado miembro sea superior a 3.000».*

36. En este caso según la propuesta de directiva, hemos de entender que el usuario se encuentra dentro de un Estado miembro, y es desde ese Estado, donde accede al interfaz en el cual se presta el servicio digital, todo a través de un Protocolo de internet (IP). Con respecto a la celebración de contratos para la prestación de servicios digitales según establece el artículo 4.5 de la propuesta de directiva: *«se considerará que un contrato es un contrato entre empresas si el usuario suscribe el contrato en el curso de sus actividades empresariales»;* del mismo modo, *«se considerará que un usuario está situado en un Estado miembro en un periodo impositivo si el usuario es residente a efectos del impuesto sobre sociedades en ese Estado miembro en ese periodo impositivo o si el usuario es residente a efectos del impuesto sobre sociedades en un tercer país, pero tiene un establecimiento permanente en ese Estado miembro en ese periodo impositivo».*

37. En este caso podemos deducir que la UE, amplía el concepto establecimiento permanente al unir la presencia digital, al uso del interfaz, para la prestación de un servicio digital cuando se cumpla alguna de las condiciones anteriormente mencionadas. Con estos umbrales la UE pretende garantizar que la medida sea proporcional y equitativa.

38. En cuanto a segundo de los objetivos de la propuesta, éste se encuentra en el artículo 5 de la misma, y parten del criterio previsto en el artículo 7.1 del Modelo de Convenio de la OCDE (beneficios empresariales) que establece que: «*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*».

39. En este caso la propuesta de directiva establece que los beneficios obtenidos en un Estado miembro solamente se podrán imponer mediante el Impuesto de Sociedades en dicho Estado miembro, es decir, establece la potestad tributaria única y exclusivamente en la jurisdicción del mercado. Seguidamente la propuesta de directiva establece, la hipótesis de que, si una empresa actúa como independiente, para determinar sus beneficios, se determinará su presencia digital significativa; esto es, haber llevado a cabo actividades similares o idénticas en relación a tratos con otras empresas, considerando las funciones desempeñadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos a través de la IP o interfaz digital. Respecto a lo anteriormente dicho, el artículo 5.3 de la propuesta establece que: «*los beneficios imputables a la presencia digital significativa o en relación con la misma se basará en un análisis funcional. Para determinar las funciones de la presencia digital significativa y atribuirle la propiedad económica de los activos y los riesgos, se tendrán en cuenta las actividades significativas desde el punto de vista económico llevadas a cabo por dicha presencia a través de una interfaz digital*».

40. De acuerdo con el artículo 5.4, se consideran actividades significativas: las actividades que realiza la empresa no residente relacionadas con datos o usuarios mediante una interfaz digital y las que son relevantes para el desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de los activos intangibles de la empresa. Finalmente, el artículo 5.5 de la propuesta establece el método de distribución del beneficio, y como se debe aplicar para determinar los beneficios imputables.

3. Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al Sistema Común del Impuesto sobre los Servicios Digitales COM 148 final 2018/0073 (CNS)

41. Para la Unión Europea es fundamental establecer un mercado único digital donde todos los Estados miembros puedan ofrecer a sus ciudadanos y las empresas nuevas oportunidades digitales y de mercado. Para alcanzar estos objetivos es importante establecer un nuevo marco fiscal, estable y moderno, que se adapte a la nueva realidad económica. Por lo tanto, se traduciría en una reforma fiscal en relación a unificar criterios para garantizar justicia y equidad.

42. A nivel internacional y como ya hemos señalado con anterioridad, encontramos a la OCDE, y el G-20, propulsores del Plan BEPS y su Acción 1, relativa a los desafíos de la economía digital, en relación a las multinacionales para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación; la mencionada acción que se recoge en BEPS pretende establecer un plan de trabajo para poder hacer frente a los desafíos digitales; Por otra parte, en el Informe provisional de la OCDE de 2018, se realiza un minucioso examen de los rasgos principales de modelos altamente digitalizados e inherentes a la creación de valor en la nueva era digital; del mismo modo se examina de forma provisional la aplicación de una tasa especial a la prestación de servicios digitales, realizada bajo su jurisdicción que se aplicará a los beneficios brutos satisfechos por la contraprestación de dichos servicios digitales.

43. En este contexto, la UE tiene como precedente un Comunicado de la Comisión del Parlamento Europeo con fecha 21 de septiembre de 2017¹⁰, emitido al Consejo, y relativo a un sistema im-

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0547&from=DE>

positivo justo y eficaz en el Mercado Único Europeo. Por su parte, JUNCKER (2017)¹¹, es su discurso sobre el Estado de la Unión, estableció como una prioridad para los Estados el establecimiento de un Mercado Único Digital. Tras el Comunicado y semanas más tarde, en las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo el 19 de octubre de 2017, se determinará la necesidad de un sistema tributario justo y eficaz que se adapte a la nueva era digital; pues bien será el 05 de diciembre del mismo año cuando el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (ECOFIN)¹² apruebe las aportaciones de la UE, a los debates de nivel internacional sobre la «fiscalidad digital», y será el momento donde muchos Estados miembros confirmen su interés por adoptar medidas temporales.

44. Es, en este momento, cuando en Europa se establece la propuesta de establecer un Impuesto a los Servicios Digitales (ISD) para la prestación de determinados servicios digitales con la finalidad de crear una situación fiscal equitativa durante un periodo transitorio hasta que se consiga una solución global. En 2018 el Parlamento Europeo aprueba la Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al sistema común del Impuesto sobre los Servicios Digitales COM 148 final 2018/0073.

45. Esta propuesta del Parlamento se ajustará al *Principio de Subsidiaridad*, hecho que podemos comprobar cuando en su texto establece que: «Las disposiciones establecidas en los artículos 20 a 23 regulan los intercambios entre Estados miembros necesarios para la identificación de los sujetos pasivos y la presentación de las declaraciones del ISD, así como para la transferencia de fondos correspondientes a los pagos en concepto de ISD por el Estado miembro de identificación a los demás Estados miembros en el que se adeude el impuesto»¹³.

46. De este modo, la UE, solo intervendrá cuando su actuación sea más eficaz que la de los Estados miembros; con esta medida la UE, pretende reducir la fragmentación del mercado y evitar distorsiones que perjudiquen a la competencia del mercado comunitario por el hecho que de un Estado miembro en un determinado momento pueda establecer una medida de forma unilateral que resultase inadecuada. Finalmente, la propuesta de directiva para la creación de un Impuesto a los Servicios Digitales, también se ajustará al *Principio de Proporcionalidad*, ya que los Estados no podrán excederse en sus actuaciones debido a que en relación a la propuesta existen unos límites de actuación para alcanzar los objetivos de los Tratados; esta intervención de la Unión Europea se justifica en base a la aplicación del artículo 113¹⁴, del Tratado de Funcionamiento de la propia Unión.

47. En cuanto al contenido de la propuesta, el objeto principal de la misma es, establecer un sistema común del Impuesto a los Servicios Digitales que grave todos los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales. Para saber que, tipos de ingresos se deben tributar, la propia propuesta nos lo indica en su artículo 3, Capítulo 1, donde se consideran ingresos procedentes de la prestación de servicios digitales, todos los ingresos brutos totales una vez deducidos el Impuesto

¹¹ Vid. J.C. JUNCKER, y F. TIMMERMANS. “Carta de Intenciones dirigida al Presidente Antonio Tajani y al Primer Ministro Jüri Ratas”, *Discurso sobre el Estado de la Unión*, 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/letter-of-intent-2017_es.pdf

¹² Consejo de Asuntos Económicos y Financieros, 5 de diciembre de 2017 (ECOFIN). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/ecofin/2017/12/05/>

¹³ Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales COM 148 final 2018/0073 (CNS) pág 15. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0148&from=ES>

¹⁴ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Tercera Parte: Políticas y acciones internas de la Unión - TÍTULO VII: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones - Capítulo 2: Disposiciones fiscales - Artículo 113 (antiguo artículo 93 TCE: «El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia»). (diario oficial n°115) Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12016E113>

sobre el Valor Añadido (IVA) y otros gravámenes similares de la prestación de una entidad en cada uno de los siguientes servicios:

- a) *«la inclusión en una interfaz digital de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz»;* En este caso, los ingresos serán objeto de imposición con independencia de que el interfaz digital sea, o no, responsable de incluir en ella la publicidad.
- b) *«la puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, y que pueda facilitar asimismo las entregas de bienes o las prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios; En este caso no se incluirán: (I) la puesta a disposición de una interfaz digital cuando la única o principal finalidad de la entidad que la lleve a cabo sea suministrar contenidos digitales a los usuarios o prestarles servicios de comunicación o servicios de pago; (II) la prestación por un centro de negociación o un internalizador sistemático de cualquiera de los servicios contemplados en el anexo I, sección A, puntos 1) a 9), de la Directiva 2014/65/UE; (III) la prestación por un proveedor de un servicio de financiación participativa regulado de cualquiera de los servicios contemplados en el anexo I, sección A, puntos 1) a 9), de la Directiva 2014/65/UE, o de un servicio consistente en facilitar la concesión de préstamos».*
- c) *«la transmisión de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales».* No incluirá la transmisión de datos por un centro de negociación, un internalizador sistemático o un proveedor de un servicio de financiación participativa regulado.

48. En cuanto a los ingresos, hemos de señalar, que no serán considerados ingresos digitales gravables cuando los servicios digitales que presta una entidad que forme parte de un grupo consolidado a efectos fiscales, los haga a favor de otra que forme parte del mismo grupo. Asimismo, cuando una entidad de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera, preste sus servicios a terceros y sus ingresos sean obtenidos por otra entidad del mismo grupo, se considerará que los ingresos han sido obtenidos por la entidad que prestó el servicio.

49. Continuando con el análisis de la Propuesta de Directiva relativa a un sistema común del Impuesto sobre Servicios Digitales, nos vamos a centrar en el artículo 4, que regula la figura del sujeto pasivo del impuesto; en este caso, nos encontramos ante entidades que deberán cumplir con las siguientes condiciones:

- a) *«el importe total de los ingresos mundiales que haya comunicado en relación con ejercicio financiero considerado supere los 750 000 000 EUR»;*
- b) *«el importe total de los ingresos imponibles que haya obtenido dentro de la Unión durante el ejercicio financiero considerado supere los 50 000 000 EUR».*

50. El primero de los umbrales limita la aplicación del impuesto a las empresas digitales que, se encuentran posicionadas en el mercado, y poseen más ventajas provenientes de la propia red y de la explotación de un elevado número de datos; el segundo de los umbrales, limita la aplicación a aquellos casos en los que exista una huella digital significativa dentro de la Unión Europea y en relación a los ingresos a los que les afecta el ISD. Si se trata de un grupo consolidado los umbrales a aplicar afectarán a todos los ingresos del grupo, y no por separado.

51. El artículo 5 de la propuesta nos expone el lugar de imposición; en este caso el lugar de la imposición será aquel Estado miembro donde se encuentren situados los usuarios del servicio prestado en ese Estado miembro, y durante ese periodo impositivo. Por lo tanto, un Estado miembro podrá gravar todos los ingresos que procedan de servicios prestados por empresas digitales en el mismo Estado. Aun así, la propuesta de directiva, establece una serie de reglas genéricas para cada tipo de servicio prestado,

con la finalidad de poder determinar su ubicación. Estas reglas se aplicarán teniendo en cuenta el interfaz digital o IP, a través de Internet, o bien mediante mecanismos de geolocalización.

52. Si los usuarios beneficiarios de la prestación de servicios se encuentran situados en diferentes Estados miembros o en Jurisdicciones externas, los ingresos se distribuirán proporcionalmente a cada Estado miembro en la forma que establece el presente artículo en su literal tercero¹⁵.

53. Por su parte, el artículo 6, recoge la exigibilidad del impuesto, que será exigido en el Estado miembro donde se han de gravar los ingresos, y en el periodo impositivo que establezca dicho Estado. En cuanto al cálculo del mismo, según establece el artículo 7, de la propuesta, le corresponderá a un Estado miembro durante un período impositivo calcular el impuesto aplicando el tipo del ISD a la proporción de ingresos imponibles indicada en el artículo 6. El tipo impositivo que propone la Unión Europea, se fija en el 3%, pero como veremos más adelante en epígrafes siguientes, este tipo oscilará dependiendo del Estado miembro que lo aplique.

54. En cuanto a las obligaciones de tributar, debemos remitirnos a Capítulo III de la propuesta de directiva, entre sus artículos 9 al 19, aparecen las obligaciones de los sujetos pasivos en relación al ISD. A la hora de establecer las obligaciones, es fundamental la identificación del sujeto pasivo, una identificación que se llevará a cabo vía electrónica, donde el Estado miembro correspondiente asignará una identificación individual a efectos del ISD. Por otra parte, el Estado miembro proporcionará un punto de contacto denominado EM para que el sujeto pasivo pueda cumplir con sus obligaciones tributarias en relación al impuesto. En lo que respecta a la forma de realizar el pago del impuesto, indicar que esta se recoge en el artículo 16, de la propuesta; por su parte, los artículos 18 y 19 respectivamente nos indican como los Estados deberán llevar la contabilidad, la llevanza de registros, y las medidas de lucha contra el fraude fiscal; finalmente, cada Estado miembro designará a la autoridad competente para gestionar en su ámbito territorial las obligaciones de cooperación administrativa entre los Estados recogidas en el Capítulo 4 de la propuesta.

55. Para evitar la doble imposición internacional, la Propuesta de Directiva nos habla de la posible deducibilidad del ISD, y lo hace en el Considerado 27 de la misma, donde establece que: *«Con el fin de reducir los posibles casos de doble imposición cuando los mismos ingresos estén sujetos al impuesto sobre sociedades y al ISD, se espera que los Estados miembros autoricen a las empresas a deducir el ISD, pagado como coste, de la base imponible del impuesto sobre sociedades en su territorio, independientemente de que ambos impuestos se paguen en el mismo Estado miembro o en Estados miembros diferentes».*

56. Como podemos comprobar, la Unión Europea ha establecido sus propios criterios a la hora de evitar una posible doble imposición en el caso del ISD, proponiendo que el impuesto se deduzca en el Estado miembro donde se tribute por el Impuesto de Sociedades, con independencia de donde se haya contribuido el ISD. En este caso al tratarse de una imposición intracomunitaria, la posible doble imposición y su resolución puede estar más o menos clarificada; pero, el problema subyace cuando la

¹⁵ Artículo 5.3 Propuesta de Directiva: a) por lo que se refiere a los ingresos imponibles procedentes de la prestación de los servicios comprendidos en el artículo 3, apartado 1, letra a), proporcionalmente al número de veces que haya aparecido un anuncio publicitario en los dispositivos del usuario durante ese período impositivo; (b) por lo que se refiere a los ingresos imponibles procedentes de la prestación de los servicios comprendidos en el artículo 3, apartado 1, letra b): i) si el servicio implica una interfaz digital multifacética que facilita la entregas de bienes o las prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, proporcionalmente al número de usuarios que hayan concluido operaciones subyacentes en la interfaz digital durante ese período impositivo; ii) si el servicio implica una interfaz digital multifacética de un tipo no incluido en el inciso i), proporcionalmente al número de usuarios que dispongan de una cuenta que cubra la totalidad o una parte de ese período impositivo que les permita acceder a la interfaz digital; (c) por lo que se refiere a los ingresos imponibles procedentes de la prestación de los servicios comprendidos en el artículo 3, apartado 1, letra c), proporcionalmente al número de usuarios que hayan generado los datos transmitidos en ese período impositivo, a raíz de la utilización por los mismos de un dispositivo para acceder a una interfaz digital, durante ese período impositivo u otro anterior. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0148&from=ES>

doble imposición se produce en un ámbito extracomunitario, es decir, entre un Estado miembro y otro exterior, y esto es así, por las propias características del ISD, ya que existen divergencias a la hora de su clasificación como un impuesto Directo, o Indirecto; en este punto nos detendremos para intentar clarificar ambos conceptos; cuando hablamos de imposición directa, hablamos de aquel impuesto que grava directamente la fuente de riqueza, la propiedad o la renta; mientras que cuando hablamos de imposición indirecta, hablamos de aquel impuesto que grava el consumo.

57. Es aquí donde surge el choque o la colisión del ISD a la hora de evitar la doble imposición internacional entre un Estado miembro y otro exterior, aun mediando un Convenio sobre Doble Imposición (CDI). Para autores como NAHARRO (1958)¹⁶: «*son impuestos indirectos los que gravan la renta al salir de su poseedor; mientras que son impuestos directos: los que gravan la renta al entrar*». Como podemos observar existe un debate para intentar esclarecer si el ISD que gravan los beneficios por prestación de determinados servicios digitales es un impuesto directo o indirecto. Para CORRAL (1995)¹⁷: «*se consideran impuestos directos los que gravan unos hechos generalmente periódicos, indicadores de la renta adquirida. Mientras que: se consideran impuestos indirectos los que gravan unos hechos instantáneos, indicadores de la renta gastada*»; Es decir el consumo.

58. Por lo tanto, y en base a las definiciones anteriores podríamos concluir que el ISD grava la capacidad económica, esto es, los beneficios o ingresos procedentes de prestar determinados servicios, por lo que estaremos ante un impuesto directo; cuyo diseño no debe repercutir al consumidor final como sucede en el caso de los impuestos indirectos, de ser así, podría producirse una colisión a la hora de aplicar los CDI. Finalmente debemos indicar que normativamente el ISD es un impuesto indirecto.

IV. Implementación del ISD y problemática

1. Implementación del ISD en Europa y España: Ley 4/2020

59. El Impuesto a los Servicios Digitales (ISD) es un impuesto que entra en la categoría de “impuesto equilibrado”, porque según la OCDE, en el informe final de la Acción 1 de BEPS, representa un impuesto indirecto sobre las transacciones digitales, cuya finalidad es compensar la pérdida de ingresos, cuya eficiencia se ha reducido debido al desarrollo de nuevos modelos económicos. El objetivo último del ISD es gravar a los grandes contribuyentes no residentes, que a pesar de tener una importante presencia económica y comercial en el país de origen/comercialización, no poseen presencia física mediante establecimiento permanente.

60. A nivel internacional, India fue el primer Estado en adoptar e implementar de forma unilateral el ISD. El tipo impositivo que estableció fue del 6%, sobre los ingresos de transacciones digitales en forma de retención fiscal, por pagos a multinacionales extranjeras, por servicios publicitarios en línea prestados a empresas indias o por establecimiento permanente en el caso de otras empresas no residentes. En el caso de la India, cuando se aplica este impuesto a través del sistema de retención, se impone una carga de cumplimiento significativa a los clientes indios, incluso si el contribuyente es de hecho un anunciante no residente. El umbral de presencia económica significativa que conduce a la imposición de dicho impuesto en India debe alcanzar un valor total de los pagos de 15.000, dólares al año.

61. A nivel europeo será en marzo de 2018, cuando la Comisión Europea publica una Propuesta de Directiva Sobre un Impuesto a los Servicios Digitales para todo el territorio de la Unión; estamos hablando de la Propuesta de Directiva COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS) y que hemos desarro-

¹⁶ Vid, J.M. NAHARRO MORA, “*Lecciones de Hacienda Pública: (principios generales)*”, Marsiega, Madrid 1958., pág. 95.

¹⁷ Vid, L. CORRAL GUERRERO, “El impuesto: un enfoque integrador”, Cuaderno de estudios empresariales nº5 1995, págs. 81 y 82. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=164234>

llado en el epígrafe III.3 del presente estudio; del mismo modo, se publica la Propuesta de Directiva del Consejo de Europa, relativa a la creación de normas para empresas con presencia digital significativa COM (2018) 147/0072 (CNS) también hemos pormenorizado en el presente estudio. Ambas propuestas formarán parte de un conjunto de medidas llevadas a cabo por la UE, para abordar los desafíos fiscales asociados a la economía digital.

62. Según la Propuesta de la Comisión Europea, el ISD, se deberá aplicar a todos los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales dentro del territorio de la Unión Europea y su ámbito, aplicándose a las siguientes categorías de servicios digitales:

- a) *«la inclusión en una interfaz digital de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz»;*
- b) *«la puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, y que pueda facilitar asimismo las entregas de bienes o las prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios»;*
- c) *«la transmisión de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales».*

A continuación, en los siguientes párrafos analizaremos las características estructurales y de diseño en la aplicación del Impuesto a los Servicios Digitales (ISD) en alguno de los Estados miembros, prestando especial atención al ISD español.

63. Comenzando con el Reino Unido, cuando aún era miembro de la Unión Europea, será en octubre de 2018, cuando el Primer Ministro británico de economía anuncie, la implantación de un impuesto a los servicios digitales. Este impuesto, se crea con la finalidad de aplicarlo a la renta y no a las ganancias, y su aplicación sería diferente a los protocolos habituales según los cuales, los impuestos de sociedades se aplican a los beneficios. En este caso, la tasa impositiva que se establece es del 2% sobre tipos específicos de ingresos derivados de servicios digitales específicos; dicho impuesto comenzó a tener vigencia desde abril de 2020. Se trata pues, de un impuesto que grava los ingresos procedentes de modelos de negocio digitales relacionados con la participación de los usuarios en el Reino Unido.

64. Con este impuesto que entró en vigor en abril de 2020, el Gobierno británico pretende recaudar 500 millones de Libras anuales; aunque inicialmente es un impuesto que está dirigido a las grandes compañías tecnológicas estadounidenses, solo se aplica a tres tipos de actividades: motores de búsqueda, plataformas de redes sociales y mercados en línea.

65. El Gobierno del Reino Unido cree que estos modelos comerciales han adquirido gran notoriedad debido a la participación de los usuarios. El Impuesto a los Servicios Digitales no es un impuesto que grava la venta que se produce en Internet, sino que se aplica a los ingresos por actividades de intermediación en este tipo de ventas, y no a la venta en sí. Por último, el Gobierno británico se encuentra pendiente de definir el ámbito de aplicación y el mecanismo de diseño de este impuesto, ya que se encuentra pendiente de un consenso internacional global que podría revocar sus propias disposiciones en aras a buscar una armonización de las mismas.

66. Por su parte, Francia pasó a formar parte del club de Estados de la EU, con el establecimiento de un Impuesto a los Servicios Digitales en el año 2019. Su primer ministro de economía, por entonces Bruno Le Marie, fue quien presentó el proyecto para crear dicho impuesto, que se aplicaría a grupos que operasen en el ámbito de la economía digital, con una facturación anual consolidada de 750 millones de euros de los cuales, 25 millones deberían haber sido generados en territorio francés; por lo tanto, Francia inicialmente estableció su propio umbral para gravar este tipo de rentas digitales, un umbral inferior al que se establece en la propuesta de directiva comunitaria. En cuanto al tipo impositivo a aplicar dependerá de la facturación, y en un principio sería del 3%, en consonancia también, con lo establecido en la propuesta comunitaria. El ISD se aplicará tanto para las empresas residentes, como para las no re-

sidentes. Esta tasa o Impuesto a los Servicios Digitales francés, estuvo vigente durante tan solo un mes, suspendiéndose en 2020. A fecha de hoy, el impuesto digital francés se encuentra paralizado a la espera de una solución global que se adoptará como veremos más adelante en 2021.

67. Esta, misma cuestión del establecimiento de un impuesto a los servicios digitales se planteó en Alemania, pero el Ministerio de Hacienda alemán junto a las administraciones tributarias de los *Länders*, decidieron por el momento no establecer un Impuesto a los Servicios Digitales. Alemania apuesta por una solución global al igual que Francia, en relación a la tributación de los ingresos procedentes de la digitalización.

68. En cuanto a Italia, será en día 01 de enero de 2019, cuando en la Ley de Presupuestos italiana introduzca el nuevo Impuesto a los Servicios Digitales; el impuesto italiano se aplicará tanto a los servicios digitales prestados de forma individual, como a los prestados a nivel de grupo, por los sujetos pasivos establecidos o no en territorio italiano. En el caso de Italia este impuesto no se aplica a las operaciones entre sociedades del mismo grupo. Por lo que respecta al tipo de gravamen a aplicar por la hacienda de Italia, éste se encuentra en consonancia con la Propuesta de Directiva de la UE, siendo del 3% para todos los sujetos pasivos cuyos ingresos derivados de suministros digitales, superen los 750 millones de euros, de los cuales, al menos 5,5 de ellos sean generados por la prestación de servicios digitales en Italia. Finalmente, la Ley italiana obliga a las autoridades tributarias a emitir unas directrices sobre cómo, se ha de aplicar este impuesto, para lo que creó una guía para la aplicación del mismo¹⁸.

69. Bajo la presidencia de Rumania del Consejo de la Unión Europea, la tributación de la prestación de servicios digitales adquiere gran importancia; claro ejemplo de ello lo encontramos con la elaboración del documento titulado (*Taking forward the Strategic Agenda 18-month Programme of the Council*)¹⁹; el mencionado documento fue elaborado por tres Estados miembros: Rumania, Croacia y Finlandia; la finalidad del mismo era garantizar una tributación justa y efectiva de la rentas globales, circunstancia ésta que para la UE ha sido desde sus comienzos fundamental. En el documento se establece la necesidad de adaptar los sistemas tributarios a la era digital, y es por ello, que los tres Estados mencionados promovieran trabajos relativos a las propuestas de la Comisión Europea en materia de servicios digitales. En el caso de Rumania, a través de su boletín Oficial se aprueba las recomendaciones sobre el establecimiento de impuestos corporativos en el caso de una presencia digital significativa. Por lo tanto, Rumania será uno de los defensores de la Propuesta Comunitaria a la hora de establecer un impuesto a los servicios digitales.

70. Otros Estados miembros como Irlanda, Suecia, Finlandia y Dinamarca, de forma clara, se mostraron reticentes al establecimiento de este impuesto digital; del mismo modo, han mostrado sus reservas los Países Bajos y Luxemburgo, que no consideran una prioridad el establecimiento de este impuesto. Inicialmente la posición de Irlanda y los Países Nórdicos fue determinante en la reunión del Ecofin celebrada en marzo de 2019²⁰, tal es así, que el proyecto de implementación de un ISD en la Unión Europea quedó paralizado; mientras tanto el resto de Estados entre los cuales algunos hemos mencionado anteriormente optaron por tomar como medida provisional y de forma unilateral el establecimiento de un impuesto que grave la prestación de servicios digitales, hasta que se siga avanzando en el establecimiento de un impuesto global, hecho que veremos más adelante. España al igual que otros Estados miembros de su entorno también decidió establecer su propio impuesto a los servicios digitales, y lo iniciará a través de un proyecto de Ley del Impuesto sobre Servicios Digitales que fue emitido el 20 de febrero de 2020. El proyecto de ley español comienza definiendo que el ISD, se trata de un impuesto

¹⁸ AGID: Agencia Italiana Digital. disponible en: <https://www.agid.gov.it/it/linee-guida>

¹⁹ Taking forward the Strategic Agenda 18-month Programme of the Council (1 January 2019 - 30 June 2020). Disponible en: <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vktx9pn9tize>

²⁰ Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) 12 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/ecofin/2019/03/12/>

indirecto que grava la prestación de determinados servicios digitales, donde intervienen los usuarios del territorio de aplicación del impuesto.

71. Por lo tanto, el hecho imponible será la prestación de servicios digitales realizada en territorio español. Cuando hablamos de servicios digitales hemos de referirnos exclusivamente, a los de publicidad en línea, la intermediación y los de transmisión de datos, y que el proyecto de Ley recoge en el apartado IV de la exposición de motivos, coincidiendo con lo establecido en la Propuesta de Directiva, es decir: *«la inclusión, en una interfaz digital, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz («servicios de publicidad en línea»); la puesta a disposición de interfaces digitales multifacéticas que permitan a sus usuarios localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, o incluso facilitar entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre esos usuarios («servicios de intermediación en línea»); y la transmisión, incluidas la venta o cesión, de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales («servicios de transmisión de datos».*

72. El 16 de octubre de 2020, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales²¹. Según esta Ley, serán contribuyentes de este impuesto las personas jurídicas y entidades que recoge el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, (LGT) establecidas en España, o en cualquier Estado miembro o jurisdicción perteneciente a la Unión Europea. El umbral para aplicar este impuesto será el importe neto de la cifra de negocios en el año natural anterior, que supere 750 millones de euros, aunque el umbral que se fija en España para los ingresos una vez aplicadas las reglas para determinar la base imponible será de 3 millones de euros, una cifra mucho más reducida que la del resto de estados de la Unión; en este caso el tipo de gravamen a aplicar será del 3%. Por su parte, no estarán sujetos a este impuesto los supuestos establecidos en el artículo 6 de la Ley²².

73. A la hora de tributar en territorio español el “nexo”, es el elemento fundamental que sirve para establecer la ubicación de los usuarios. A estos efectos, el artículo 7.2 de la Ley establece que, un usuario está situado en el territorio de aplicación del impuesto:

- a) *«En el caso de los servicios de publicidad en línea, cuando en el momento en que la publicidad aparezca en el dispositivo de ese usuario el dispositivo se encuentre en ese ámbito territorial».*
- b) *«En el caso de los servicios de intermediación en línea en que exista facilitación de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, cuando la conclusión de la operación subyacente por un usuario se lleve a cabo a través de la interfaz digital de un dispositivo que en el momento de la conclusión se encuentre en ese ámbito territorial. En los demás servicios de intermediación en línea, cuando la cuenta que permita al usuario acceder a la interfaz digital se haya abierto utilizando un dispositivo que en el momento de la apertura se encuentre en ese ámbito territorial».*
- c) *«En el caso de los servicios de transmisión de datos, cuando los datos transmitidos hayan sido generados por un usuario a través de una interfaz digital a la que se haya accedido*

²¹ Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12355

²² Artículo 6. Supuestos de no sujeción: a) las ventas de bienes o servicios contratados en línea a través del sitio web del proveedor de esos bienes o servicios, en las que el proveedor no actúa en calidad de intermediario; b) las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes que tengan lugar entre los usuarios, en el marco de un servicio de intermediación en línea; c) las prestaciones de servicios de intermediación en línea, cuando la única o principal finalidad de dichos servicios prestados por la entidad que lleve a cabo la puesta a disposición de una interfaz digital sea suministrar contenidos digitales a los usuarios o prestarles servicios de comunicación o servicios de pago; d) las prestaciones de servicios financieros regulados por entidades financieras reguladas; e) las prestaciones de servicios de transmisión de datos, cuando se realicen por entidades financieras reguladas; f) las prestaciones de servicios digitales cuando sean realizadas entre entidades que formen parte de un grupo con una participación, directa o indirecta, del 100 por cien.

mediante un dispositivo que en el momento de la generación de los datos se encuentre en ese ámbito territorial».

74. El 10 de junio de 2021, la Dirección General de Tributos (DGT), establece una Resolución relativa al Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales²³.

75. Esta resolución se considera relevante para interpretar los servicios digitales gravados y, establece que el ISD no recae sobre todos los servicios de publicidad en línea, sino solo en empresas que presten un servicio de publicidad dirigida. Según la Dirección General Tributos se considera publicidad dirigida: *«cualquier forma de comunicación digital comercial con la finalidad de promocionar un producto, servicio o marca, dirigida a los usuarios de una interfaz digital basada en los datos recopilados de ellos. Se considerará que toda la publicidad es «publicidad dirigida», salvo prueba en contrario».*

76. Además, la DGT fija que la utilización de un solo dato será suficiente para considerar que existe publicidad digital dirigida. Del mismo modo, establece una definición para los servicios de publicidad en línea, como: *«los consistentes en la inclusión en una interfaz digital, propia o de terceros, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz. Cuando la entidad que incluya la publicidad no sea propietaria de la interfaz digital, se considerará proveedora del servicio de publicidad a dicha entidad, y no a la entidad propietaria de la interfaz».*

77. En este punto, consideramos que el matiz de que con un solo dato es suficiente para determinar que existe publicidad digital dirigida, puede desnaturalizar la interpretación ya que, si la DGT buscaba separar publicidad en línea, de publicidad dirigida para determinados usuarios, se puede caer en el error de exigir un mero requisito para determinar el hecho imponible que será gravado. Si el hecho de interpretar la definición de los hechos imponibles puede entrañar dificultades técnicas en la aplicación del tributo, no menos dificultades pueden aparecer a la hora de delimitar quien, se puede considerar contribuyente de tales servicios. Para ello, nos debemos remitir al artículo 4.6 de la Ley 4/2020, donde se establece que: *«a efectos de la ley se entenderá por servicios de publicidad en línea: los consistentes en la inclusión en una interfaz digital, propia o de terceros, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz. Cuando la entidad que incluya la publicidad no sea propietaria de la interfaz digital, se considerará proveedora del servicio de publicidad a dicha entidad, y no a la entidad propietaria de la interfaz».*

78. Con esta interpretación, podemos entender que, a quien en realidad se pretende gravar son a modelos de grandes compañías como Google, que permiten a través de cualquier página web, introducir la publicidad dirigida de esta compañía; de este modo, debemos considerar que el prestador del servicio en este caso sería Google y no la empresa que gestiona la página web. No obstante, la prestación de servicio es mucho más compleja como así se deduce de la propia Dirección General de Tributos (DGT). Por ejemplo, existen redes de afiliación²⁴, que podrían ser utilizadas por compañías como Google a la cual, inicialmente se pretende gravar por publicidad digital dirigida.

²³ Resolución de XXX, de la Dirección General de Tributos, relativa al Impuesto sobre determinados Servicios Digitales, pág. 2. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/10062021-resolucion-idsd.pdf>

²⁴ Según la Agencia de Marketing y Transformación Digital TOP 10, Las redes de afiliación son redes estrategias efectivas para la publicidad y mercadeo de productos o marcas, consistiendo en plataformas web compuestas por tres elementos principales, los cuales son: la plataforma, que en el caso de la comparación anterior sería la unidad viral, ya que se encarga de difundir los contactos entre los proveedores y el público consumidor, los anunciantes que serían el material genético ya que son los interesados en multiplicar y hacer llegar la información de sus productos y los afiliados, que en este caso serían la célula a colonizar por el virus, ya que por ellos ocurriría el proceso de multiplicación de información hacia el público pertinente, con un objetivo final muy puntual, generar el mayor porcentaje de ingresos posibles a través de ventas o visitas, según el fundamento de dicha red. Dentro de las redes de afiliación más conocidas podemos nombrar: TradeDoubler (Suecia), Zanox (Alemania), Commision Junction (Estados Unidos), Affilinet (Alemania), NetAffiliation (Francia-Portugal), Tradetracker (Estados Unidos), Argonas (España). Recuperado en: <https://www.top10negocios.com/que-son-las-redes-de-afiliacion/>

79. En este caso ¿serían las redes de afiliación donde se suscriben los usuarios para poner publicidad, susceptibles de ser gravadas en lugar de Google? Pues bien, para la Dirección General de Tributos, será el proveedor de publicidad y por lo tanto propietario de la red de afiliación, el contribuyente que deba satisfacer el tributo. En este caso, Google sería un mero intermediario en línea, como así lo establece el artículo 6.b) de la Ley 04/2020; «no están sujetos al impuesto las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes que tengan lugar entre los usuarios, en el marco de un servicio de intermediación en línea».

80. La ley del Impuesto a la Prestación de determinados Servicios Digitales en España pretende que las empresas digitales asuman el coste de localizar los dispositivos de sus usuarios en España, de no hacerlo así, podrían enfrentarse a sanciones que pueden oscilar entre los 15.000, y los 400.000 euros. Finalmente señalar que el ISD es un impuesto indirecto compatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), por lo que como hemos comentado anteriormente serán contribuyentes a efectos fiscales las personas jurídicas y no jurídicas que constituyan una unidad económica según el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria. Según establece el artículo 10 de esta Ley, la base imponible estará constituida por los ingresos, excluyendo el IVA y otros impuestos equivalentes, por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto y, realizadas en territorio español, o de cualquier Estado miembro o jurisdicción de la UE. La determinación de la base imponible (BI) se realizará por el método de estimación directa, estableciéndose las reglas de determinación de la BI. La base imponible tributara con un tipo impositivo del 3%, en consonancia con el tipo impositivo que recoge la Propuesta Directiva de la Unión Europea.

81. El ISD español es un impuesto que se centra en la prestación de servicios independientemente de las peculiaridades de los proveedores y de su capacidad económica; por lo tanto, no debería considerarse como un impuesto a la renta, o al patrimonio, circunstancia que lo excluiría de los convenios internacionales suscritos por España. Como hemos comprobado anteriormente plantea dudas a la hora de determinar si es un impuesto de naturaleza directa, o indirecta. En el caso de España este impuesto podría entrar en conflicto con otros impuestos como son el Impuesto de Sociedades (IS), que grava la capacidad económica, o el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) que grava la generación de ingresos.

82. El ISD puede llegar a ser un impuesto distorsionante como establecen analistas fiscales como GASTALVER (2019)²⁵: «la falta de tributación en el Estado de generación de la renta de los operadores no establecidos produce una distorsión en el mercado frente a los operadores locales, que sí están sometidos a tributación directa por la renta que obtienen en el mismo territorio, lo que los coloca en una posición de desventaja competitiva clara».

83. A pesar de que el ISD español entró en vigor el 16 de enero de 2021 este impuesto pudo tener los días contados, debido a la inminente creación de una tasa global sobre estos servicios digitales que se está gestando en el seno de la OCDE, y que veremos en el epígrafe final de este estudio.

2. Críticas y problemática del Impuesto a los Servicios Digitales

84. Es evidente que existen dificultades para alcanzar un consenso entre los Estados miembros de la Unión Europea, a la hora de establecer un impuesto digital común en su territorio. A pesar de ello, se están realizando verdaderos esfuerzos para lograr armonizar la fiscalidad de las rentas digitales en Europa. Como ejemplo, encontramos el informe provisional de la OCDE 2018, el cual, nos ofrece importantes avances en la discusión de cómo lidiar con las nuevas formas de creación de valor a gravar de los negocios digitales. La OCDE ofrece un análisis detallado del modelo de negocio digital; uno de

²⁵ Vid, R. GASTALVER TRUJILLO, “El impuesto sobre los servicios digitales: una mayor distorsión en el mercado”. Diario económico Expansión 22/01/2019, Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/01/22/5c475733468aeb810c8b45fc.html>

los primeros a nivel internacional. Esta organización reconoce que los modelos de negocio digitales pueden y deben ser analizados cuidadosamente, una revisión que permita actualizar de las directrices y forma de tributar que actualmente existen para este tipo de negocios. Esta afirmación es compartida por OLBERT y SPENGLER (2017)²⁶, cuando señalan que: «*Al diseñar la política fiscal para la economía digital, los responsables de la formulación de políticas deben considerar cuidadosamente el impacto de los impuestos sobre las empresas*».

85. La OCDE, vas más allá, y propone diferenciar entre cadenas de valor, redes de valor e incluso tiendas de valor. Mientras tanto. A nivel internacional surge el debate, donde, por un lado, existen Estados o jurisdicciones a favor de las propuestas de la organización intergubernamental y, por otro lado, Estados que divergen de tales conclusiones. A la hora de establecer los distintos modelos de negocio digitales y su clasificación encontramos una amplia gama de industrias y grados de integración; tales conceptos no deben ser excluyentes, o solo aplicables a las empresas “puramente” digitales sino más bien, deberían formar parte de un marco común para poder realizar un análisis funcional de acuerdo con las directrices de la OCDE.

86. En cuanto a la asignación de beneficios dentro de la economía digital, es particularmente relevante y debemos priorizar las reglas de “nexo” existentes por dos razones: La primera de ellas es porque si se establecen nuevas formas de nexo imponible, la cuestión de asignación de beneficios obtenidos por un negocio transfronterizo altamente integrado es inevitable. En segundo lugar, la mayoría de las empresas digitales que obviamente están reguladas por las políticas fiscales actuales, suelen tener un nexo imponible destacado en los mercados de consumo relativamente grandes²⁷. Por lo tanto, reformular la forma en que se asignan los beneficios procedentes de la economía digital podría abordar muchos desafíos percibidos; no obstante, el ejercicio de reformular la forma de asignar dichos beneficios, es un ejercicio complicado que requiere de más esfuerzo y trabajo, del que ya han realizado hasta ahora organizaciones como la OCDE.

87. La OCDE en el informe de 2015, reconoce que el valor de los datos en los distintos modelos comerciales digitales se refleja directamente (o se monetiza) en los ingresos por publicidad local; mientras tanto en su informe de 2018, no recoge ninguna indicación específica sobre el papel del valor de los datos como un activo de cualquier actividad relacionada con el uso de datos, actividad que sería gravada con el Impuesto de Sociedades correspondiente. La OCDE también reconoce que ninguna de las medidas planteadas por BEPS, fue concebida para aclarar el posible tratamiento y valor relativo a los “datos”. Consideramos pues, que es de suma importancia un análisis detallado del tratamiento fiscal de los datos en las transacciones de la economía digital y su transformación.

88. El uso de datos dentro de los modelos comerciales, se está volviendo un elemento integrador dentro de la cadena de valor, tanto para las empresas digitales, como para los modelos de negocio tradicional. Tanto los medios académicos, como distintos autores han percibido las propuestas de la Unión Europea, en relación al establecimiento de un Impuesto sobre Servicios Digitales como un intento apresurado y miope de ganar el debate político a nivel internacional: como ejemplo BECKER y ENGLISCH (2018)²⁸, así lo afirman cuando establecen que: «*Las propuestas recientes hechas por la Comisión de la UE y algunos Estados miembros de la UE pueden leerse como un intento de aumentar el argumento del*

²⁶ Vid, M. OLBERT MARCEL, Y C. SPENGLER, “*International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?*” World Tax Journal: WTJ,2017, pág. 44. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/International-taxation-in-the-digital-economy%3A-Olbert-Spengel/fb104916f1e2566f598de2d433ea4e79a664966a>

²⁷ Por ejemplo Facebook cuya sede Massachusetts (Estados Unidos) y posee oficinas en Hyderabad (India) Londres (Inglaterra) y otros centros repartidos por Estados Unidos, Irlanda, Suecia y Dinamarca. Esta multinacional digital opera a través de empresas subsidiarias como por ejemplo la recientemente creada Payment Media una empresa registrada en Uruguay, y que opera en todo el mundo empleando como medio de negocio el sector de la tecnología financiera. Permite a pequeñas y medianas empresas el pago fácil y rápido operando a través de sus oficinas en prácticamente en todo el mundo. Recuperado en: <https://www.paymentmedia.com/news-4973-facebook-crea-una-fintech-subsidiaria.html>

²⁸ Vid, JOHANNES BECKER, Y JOACHIM ENGLISCH, “*Taxing Where Value is Created: What’s ‘User Involvement’ Got to Do With It?*” *Intertax*, Vol. 47, N°. 2, 2019, págs. 161-171. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3258387

principio de beneficio. Los usuarios contribuyen a la creación de valor, por lo que el argumento, no se compensan adecuadamente por esto. En este sentido, su papel es similar al del gobierno que proporciona insumos valiosos sin ser compensado directamente».

89. Por nuestra parte, compartimos las críticas de los anteriores autores, aunque no pretendemos crear una discusión sobre estas cuestiones, las propuestas de la Unión Europea se apartan mucho del sistema actual, donde surgen nuevas cuestiones que la UE podría debatir en un futuro próximo, para abordar los nuevos retos y desafíos que se plantean en la economía digital y su tributación.

90. En este punto, analizaremos y discutiremos las presunciones asumidas por la Unión Europea en el contexto de sus objetivos económicos, comunicados junto a sus dos propuestas de directivas analizadas a lo largo del presente estudio, en relación a la fiscalidad de las rentas digitales. En este caso, la UE, establece que existe una desalineación entre tributación y el lugar de creación de valor; Ambas propuestas de directivas contribuyen a un marco fiscal moderno y estable, donde se estimula la innovación mediante una solución global que pueda garantizar una fiscalidad justa y eficaz, mediante la constitución de normas adecuadas a las nuevas características de las empresas digitales. De este modo, se podrá garantizar el sostenimiento de los gastos públicos de los Estados miembros, a la vez que se lucha contra la planificación fiscal agresiva.

A continuación, procederemos a analizar y evaluar el impacto de seis de las “presunciones” que podemos extraer de las Propuestas de Directiva de la Unión Europea:

Primera: Las normas fiscales corporativas están desactualizadas:

91. Sin lugar a dudas, el marco actual de derecho tributario nacional e internacional en vigor, se remonta a una época en donde el uso de las nuevas tecnologías de la información por parte de las empresas, dictaba mucho de ser sofisticado y avanzado. Desde entonces, los nuevos modelos de negocios en las empresas han ido evolucionando hasta el punto de que la fiscalidad de los mismos, ha quedado obsoleta y desfasada. Por lo tanto, como establece DEVEREUX y VELLA (2017)²⁹: «*es el momento adecuado para repensar el marco actual de las reglas existentes*». Por otra parte, como analiza la propia OCDE en su informe provisional de 2018, la digitalización también podría brindar oportunidades para la administración y la recaudación de impuestos corporativos.

Segunda: Las empresas digitales están controladas:

92. La Unión Europea en base a un informe del Centro Europeo de Investigación Económica³⁰, afirma que las empresas digitales están controladas. Destacamos que la Comisión Europea declaró que: «*las empresas o modelos de negocio digitales pagan menos de la mitad de impuestos que las empresas con modelos de negocio tradicional*»; declaración que puede dar lugar a malas interpretaciones. Una afirmación así tan real, sobre que las empresas digitales “pagan” menos impuestos de lo que deberían pagar, pueden ser el resultado de estrategias de planificación fiscal agresiva (elusion) no obstante esta afirmación puede ser errónea ya que las empresas digitales como establece DEVEREUX y GRIFFITH (2002)³¹: «*introducen una gama de parámetros fiscales adicionales, incluidos los impuestos recaudados*

²⁹ Vid MICHAEL, P. DEVEREUX y J. VELLA, “Implications of digitalization for international corporate tax reform”. Oxford University Centre for Business Taxation, 2017, . Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/288289068.pdf>

³⁰ Informe del Centro Europeo de Investigación Económica (ZEW) “Zentrum F“*Digital Tax Index 2017: Locational Tax Attractiveness for Digital Business Models*”. Recuperado en: <https://www.pwc.de/de/industrielle-produktion/executive-summary-digitalisierungsindex-en.pdf>

³¹ Vid, MICHAEL, P. DEVEREUX / R. GRIFFITH, “Evaluating Tax Policy for Location Decision” Centre for Economic Policy Research, 2002, pág.13. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/5143189_Evaluating_Tax_Policy_for_Location_Decision

por el país anfitrión sobre el pago de intereses y dividendos de la subsidiaria a la matriz, y los impuestos recaudados por el país de origen al recibir dichos ingresos». Por ejemplo, el software desarrollado o adquirido en un país determinado.

93. Aun así, los modelos de negocios digitales se enfrentan a tasas impositivas (y costos de capital) promedio más bajas que los tradicionales. Por lo general, se aplican tasas de depreciación favorables al “software”, y a las tecnologías de la información. En comparación con los modelos que operan a través de presencia física con edificios industriales y maquinaria, los modelos de negocio digitales se benefician en mayor medida de incentivos especiales como créditos de I+D. En general los números se refieren a cargas fiscales efectivas reducidas, y no a los pagos realizados por corporaciones en la vida real. Por el contrario, no existe evidencia empírica de que las empresas digitales paguen sistemáticamente menos impuestos que las empresas tradicionales.

Tercera: Una cantidad predeterminada de ingresos, número de clientes determinado, o un número de contratos establecidos, son criterios válidos para determinar la presencia digital significativa.

94. En realidad, especificar los umbrales para aplicar las reglas de tributación es una medida ciertamente arbitraria.

95. Por ejemplo, no existe ningún argumento teórico por el que las empresas digitales con exactamente 750 millones de Euros en ingresos (Umbral que establece la Propuesta de Directiva COM 148 FINAL 2018/0073 en su artículo 4)³², deban proporcionar informes país por país; en cambio las empresas con beneficios por 749 millones de euros no deban hacerlo, siendo el umbral de intereses deducible según la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 exactamente el 30% del EBITDA, y no por ejemplo, el 20% o el 40%. Sin embargo, tales umbrales son remedios imperfectos con una justificación dada la finalidad de la regla. En lo que respecta al Impuesto a los Servicios Digitales, justificando cuantitativamente tales criterios podríamos considerar que en absoluto es problemático.

96. Los modelos de negocio digitales son únicos a la hora de identificar y cuantificar los denominados activos intangibles, difíciles de valorar, como lo es el surgimiento del monopolio. El resultado de tan distinta variedad de modelos de negocio digital, han originado diversas formas de generar ingresos y diversas formas de interactuar con los usuarios a la hora de celebrar contratos. En particular, los criterios establecidos asumen la importancia de los usuarios y los contratos celebrados con éstos de forma homogénea. Por ejemplo, un proveedor de servicios digitales B2B, altamente especializado podría iniciar una plataforma con cientos de usuarios y, podría concluir con tan solo unos pocos. Del mismo modo, un proveedor económicamente podría generar un número elevado de contratos con sus clientes, para generar la misma cantidad de ingresos con los servicios digitales; el proveedor que ofrece una plataforma por ejemplo B2B, como una red social profesional, o plataforma de medios, llega a interactuar con millones de clientes, formalizando de este modo una gran cantidad de contratos a escala.

Cuarta: el Impuesto a los Servicios Digitales, se aplica donde existe una mayor brecha entre la creación de valor y la capacidad de gravar:

97. Como se desprende del presente estudio, la Unión Europea ha etiquetado al Impuesto a los Servicios Digitales como una solución provisional que se centra en actividades en las que existe una gran brecha entre el valor de lo creado y la capacidad de los Estados miembros para gravarla; además, el

³² Artículo 4 (Norma relativa a la limitación de intereses) Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. Recuperado en: <https://www.boe.es/doue/2016/193/L00001-00014.pdf>

usuario juega con su participación un papel fundamental en la creación de valor. Dentro de la propuesta comunitaria se establece una definición relativamente clara de los tipos de servicios que se deberían gravar con el ISD. Sin embargo, no existe una descripción detallada de la brecha que existe entre la creación de valor y la capacidad de gravar las ganancias. Es decir, no existe una explicación de por qué, aparece esta brecha tan grande. En cuanto a las empresas que ofrecen servicios digitales, hemos de señalar, que no todas están sujetas al gravamen del ISD; es el caso de empresas como Netflix o Amazon (con sus respectivos servicios de transmisión de videos y música). Para estas situaciones autores como SHEPPARD (2018)³³ sugieren que para este tipo de empresas: «no existe una gran brecha entre la creación de valor y la capacidad de gravar las ganancias de estos modelos de negocio».

98. Estos modelos de negocio producen contenido de transmisión basado en un análisis detallado de grandes cantidades de datos que recopilan de sus usuarios. Estas empresas, ofrecen sus servicios de *Streaming* con la finalidad de recaudar ingresos publicitarios en todo el Mundo, sin establecer un nexo físico. En este contexto es cuestionable que la Unión Europea no incluya en su propuesta de directiva el papel fundamental de los usuarios a la hora de contribuir con su participación en la generación o creación de valor para estos casos.

Quinta: Existe la posibilidad de distinguir entre los modelos de negocio a los que se le aplicaría el ISD:

99. Otro supuesto implícito dentro la propuesta de directiva en relación al ISD, se encuentra en que es posible distinguir entre los ingresos para los que se supone que se aplica el impuesto, y aquellos otros supuestos que no deben ser gravados. En la práctica, la aplicación del ISD, a menudo implica la diferenciación entre los servicios ofrecidos por una misma empresa. Por ejemplo, si todas las empresas digitales con ingresos superiores a 750 millones de euros y, en el caso de la UE con ingresos superiores a 50 millones de euros están potencialmente sujetas al Impuesto sobre Servicios Digitales, los modelos de negocio de un elevado número de una amplia gama de empresas tanto digitales, como tradicionales deberían ser evaluadas minuciosamente.

100. Por ejemplo, Youtube, (Plataforma de videos y música) permite a los usuarios transmitir contenido en línea, de forma gratuita, o bien mediante una tarifa de suscripción. En este caso, tales servicios quedarían excluidos por ejemplo del horario de verano. Sin embargo, Youtube también, conecta con usuarios comerciales; por ejemplo, sellos discográficos, empresas cinematográficas, aquellas otras cuya finalidad es participar publicitándose, en cuyo caso los beneficios generados a Youtube por los servicios publicitarios, sí estarían al alcance del ISD.

Sexta: Es necesario encontrar una solución provisional específica a nivel de la Unión Europea:

101. Como hemos comprobado las anteriores cuestiones enumeradas enfatizan en la noción de que hay que cambiar el sistema tributario vigente, para adaptarlo a las nuevas formas de negocio digital necesariamente justificadas. En realidad, la aplicación práctica del ISD puede conducir o generar distorsiones económicas en el mercado, ya que las empresas podrían enfrentarse a una doble imposición con la consiguiente carga fiscal e inseguridad jurídica que les produciría. En este sentido, la Unión Europea debe esforzarse en contribuir a mejorar la economía digital, tanto en el ámbito empresarial, como a nivel del usuario. Por otra parte, es dudoso que la solución provisional que plantea la propuesta directiva, contribuya realmente a las finanzas de los Estados miembros de la Unión. Las autoridades fiscales en este caso, deben evaluar si los ingresos potenciales que se pueden recaudar a través del ISD tienen potencial para generar equidad y eficiencia en la fiscalidad de la UE, y proteger, la integridad y el buen funciona-

³³ Vid, L.A. SHEPPARD, (2018): “Digital permanent establishment and digital equalization taxes”, Bulletin for International Taxation, vol. 72, n° 4a.

miento del Mercado Único Europeo. En este sentido, no es nada de extrañar que muchos Estados de la Unión Europea como Alemania, Irlanda, o Francia, hayan adoptado una posición cautelosa a la espera de obtener una solución Global e integral para el ISD, en la línea y criterios de la OCDE cuyos enfoques han demostrado ser exitosos gracias a proyectos como el Plan BEPS.

V. Propuestas de la OCDE para un nuevo Derecho internacional de imposición

1. Los Pilares Tributarios de la OCDE: Aspectos esenciales

102. En agosto de 2021 tras años intensos de trabajo y negociaciones, alrededor de 130 Estados que representan el 90% del producto interior bruto mundial (PIB), se unen para adoptar un nuevo plan basado en dos pilares diseñados para establecer y reformar normas fiscales internacionales, y con ello abordar los desafíos de la globalización de la economía digital.

103. Ambos pilares se constituyen como parte de la solución de los problemas que genera la fiscalidad digital; en el caso del primer pilar, su objetivo es asegurar un reparto más justo de los derechos y beneficios fiscales entre Estados en relación a las grandes multinacionales que acaparan las mayores ventajas que genera la globalización. En cuanto al segundo pilar, se pretende establecer un límite a la competencia tributaria en relación al Impuesto sobre la Renta de las empresas mediante el establecimiento de una tasa impositiva mínima corporativa, y que los Estados tengan la posibilidad de implementar para defender sus bases impositivas. Aunque el Pilar 2 no elimina la competencia fiscal, sí establece unos límites acordados multilateralmente.

104. Tanto el Pilar 1, como el Pilar 2, recogen múltiples propuestas generadas por los Estados de cara a negociar, incluyéndose también propuestas de otros Estados con economías pequeñas. Ambos pilares son primordiales para contribuir a aportar las herramientas necesarias que los gobiernos necesitan para optimizar y recaudar los ingresos necesarios de cara a sus presupuestos internos y contribuir a sostenimientos de sus gastos públicos.

A continuación, desarrollamos más pormenorizadamente cada uno de estos pilares.

2. Pilar Uno: reasignación de derechos fiscales

105. El primer pilar, está dirigido a garantizar una distribución más equitativa de los beneficios fiscales entre los Estados en relación a las grandes multinacionales que transaccionan en la economía digital. Con su implementación se reasignarán determinados derechos impositivos sobre aquellas empresas en sus Estados origen a los mercados en los que se efectúe la actividad comercial y obtengan sus beneficios con independencia de que éstas tengan, o no, presencia física. Con el Pilar 1, se espera que los derechos impositivos se redistribuyan entre las jurisdicciones del mercado internacional.

106. La propuesta que establece el primer pilar tiene como objetivo adaptar las normas internacionales del Impuesto sobre la Renta a los nuevos modelos de comercio basados en las nuevas tecnologías. La mencionada adaptación se realizará mediante la introducción de *nuevas reglas del nexo*, y la asignación de beneficios aplicables a las ganancias de las corporaciones empresariales. En este entorno, se busca ampliar la potestad tributaria de las jurisdicciones de mercado, en base a que el contribuyente mantenga su participación de forma activa y permanente en el tiempo y en el mercado correspondiente; en este sentido, a las ganancias de las empresas multinacionales le denominaremos cantidad o monto (A).

107. Por otra parte, con la propuesta del Pilar 1, se intenta identificar una remuneración fija que compense las actividades básicas de comercialización (por ejemplo, las ventas ejercidas físicamente en

el Estado o jurisdicción del mercado online en base al Principio de Plena Competencia. A esta remuneración fija le denominaremos cantidad o monto (B). Finalmente, a través del Pilar 1, se propone introducir distintos mecanismos de prevención que sean eficaces y sirvan para resolver conflictos y a su vez incrementen “certeza tributaria”³⁴. Señalar, que son once bloques los que sientan las bases de este pilar de los cuales mencionaremos algunos a continuación.

108. *El enfoque unificado:* la iniciativa de este enfoque pretende garantizar los derechos tributarios y un tipo impositivo más justo en el contexto de la economía digital. Esto se realizará por medio de una revisión del Sistema Fiscal Internacional en donde la presencia física va perdiendo relevancia. Este enfoque no solo tiene en cuenta a las multinacionales digitales, sino que también, está dirigido a otras multinacionales cuyo umbral de facturación internacional alcance los 20.000 millones de euros y, una rentabilidad antes de impuestos, es decir, sobre la renta bruta superior al 10%. Del mismo modo y bajo este enfoque pasados 7 años, el umbral de facturación bruta de estas multinacionales se deberá reducir a los 10.000 millones de euros. No obstante, determinadas multinacionales, por ejemplo, las pertenecientes al sector de servicios financieros y las industrias extractivas, estarán excluidas de la póliza en el Pilar 1.

109. El Pilar 1, propone que se otorguen derechos fiscales a aquellos Estados en cuyos territorios las multinacionales obtengan ingresos de al menos 1 millón de euros. Del mismo modo, en aquellos Estados que alcancen un Producto Interior Bruto (PIB) de al menos 40.000 millones de euros se deberán obtener derechos fiscales, si los ingresos de las multinacionales que operan en su jurisdicción superan los 250.000 mil euros. Además, se recomienda que entre el 20% y 30%, de las *ganancias residuales* (aquellas ganancias por encima del 10% de los ingresos) se otorguen a las jurisdicciones de mercado mediante una fórmula de asignación. Por lo tanto, las nuevas reglas de nexo y atribución de beneficios que se establecen en el Pilar 1 son las siguientes:

110. EL Pilar 1 afectará a la cantidad (A) de empresas multinacionales que facturen al menos 20.000 millones de euros, y que tengan una rentabilidad antes de impuestos superior al 10%, quedando excluidos los servicios financieros regulados y extractivos. Del mismo modo, transcurridos 7 años se reducirá el umbral de 20 mil a 10 mil millones de euros con el fin de ampliar la potestad tributaria de las jurisdicciones de mercado. El nuevo nexo se constituye cuando la multinacional obtenga al menos, 1 millón de euros de ingresos en la jurisdicción de mercado; y finalmente éste será de 250.000 euros para jurisdicciones o Estados con un PIB inferior a 40 mil millones de euros. En cuanto a la atribución de los beneficios a repartir en los Estados o jurisdicciones de mercado, se efectuará en función del uso o consumo de bienes y servicios de su territorio.

111. Al respecto, se establecerán normas detalladas para determinados tipos de transacciones. Las empresas multinacionales deberán utilizar el método más adecuado basándose en hechos, o circunstancias específicas. La cantidad (A) sujeta a atribución y a repartir entre las jurisdicciones de mercado oscilará entre el 20% y el 30% del beneficio residual, con un margen superior del 10% de los beneficios totales. En este caso se utilizará una clave de asignación basada en los ingresos. Por otra parte, la determinación de la base imponible se realizará en relación a los ingresos, previamente ajustados, ante la posibilidad de que se produzca el traslado de pérdidas. Del mismo modo, existirá la posibilidad de fraccionamiento en circunstancias excepcionales cuando por ejemplo la cantidad fraccionada alcance los umbrales de la aplicación.

³⁴ Cuando hablamos de certeza tributaria debemos hacer referencia al principio de seguridad jurídica como factor principal en el desarrollo económico de cualquier Estado. Bajo este principio, todas las decisiones que tomen los Estados deben de estar fuera de toda incertidumbre, y para ello es fundamental que existan normas y leyes que dejen a la autoridad actuar ante los tribunales. Dichas normas deben ser conocidas por los ciudadanos para poder ser aplicadas a posteriori, esta circunstancia genera en la práctica un entorno de confianza y una seguridad jurídica que constituyen los principios de legalidad y tipicidad. Para el Derecho tributario tales principios están amparados por la constitución o norma suprema. No debe olvidarse que los tributos importan una extracción de las rentas de los contribuyentes, de manera que esa intervención, necesaria para financiar el gasto público, se justifica solo si ha sido autorizada a priori por una ley expresa, clara en sus determinaciones y que respeta los principios de no confiscación y de igualdad.

112. Ante una posible doble imposición de las ganancias asignadas a los Estados o jurisdicciones de mercado, ésta se resolverá mediante medidas de exención o el método de crédito. Las entidades, que asuman la obligación de resolver serán elegidas de entre aquellas que obtengan una ganancia residual. Otro aspecto central del Pilar 1, es asegurar la certeza fiscal, que conlleva la creación de mecanismos eficaces de resolución de disputas para evitar la doble imposición mencionada anteriormente; del mismo modo se necesitará la creación de nuevas normas de tributación internacional que serán fundamentales para la implementación de la cantidad o monto A, como es el referido a: *«la eliminación de todos los impuestos sobre los servicios digitales y otras medidas similares relevantes en todas las empresas»*.

113. Finalmente, el Pilar 1 tiene por finalidad la simplificación de la aplicación del Principio de Plena Competencia a las actividades básicas de comercialización y distribución. Esta simplificación se alcanzará a través de la cantidad (B), la cual, consistirá en estandarizar la remuneración de aquellas partes relacionadas y que ejerzan actividades rutinarias de marketing y distribución. Este trabajo se completará a finales de 2022. Los planes promovidos por este pilar, son de obligado cumplimiento para todos los Estados que suscribieron el Convenio o Instrumento Multilateral de la OCDE, y se implementará de manera efectiva en 2023.

3. El conflicto del Pilar Uno de la OCDE

114. De las propuestas que plantea la Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos, (OCDE), podemos extraer que instituciones como la Unión Europea han alcanzado un esquema de fiscalidad tanto digital como no digital muy importante.

115. Para la Unión Europea un “usuario”, no equivale a consumidor. La participación del usuario en el comercio digital propicia una actividad en cadena de creación de valor, que no es propia de un consumidor. Esto es así, porque el usuario se posiciona junto a la función de la empresa; como establecen autores como COLLIN y COLIN (2013). La función de creación de valor es: *«una función que históricamente era llevada a cabo directamente desde la propia empresa»*.

116. El nexo entre la empresa y el usuario es en este caso la creación la obtención de valor, es decir, la “con-creación”, fenómeno que supone que no solo la empresa es la creadora de valor, sino que también, lo es el utilizador (usuario) de los bienes y servicios. Por lo tanto, para COLLIN y COLIN, aparece un nuevo recurso de trabajo gratuito propiciado por los utilizadores (usuarios) de las nuevas tecnologías.

117. Esto supone un cambio en la creación del Crowdsourcing web 2.0³⁵. Aunque el fenómeno sea el mismo: *«El hecho que los usuarios contribuyen directamente a la ejecución de la cadena de producción...la creación de valor se desplaza desde el interior hacia el exterior de la empresa, donde están los clientes, que colaboran con la empresa»*³⁶. Por lo tanto, de ello podemos deducir que, para

³⁵ El término crowdsourcing describe la subcontratación de tareas típicas de la comunidad. Estas tareas pueden ir desde seleccionar productos para definir cuál o cuáles son los más buscados y preferidos por los clientes, hasta llevar ideas dentro de una empresa para crear más valor, ya sea desde dentro (los propios empleados) o desde fuera (clientes y proveedores). El nuevo concepto corporativo de empresa tiene uno de sus pilares fundamentales en el crowdsourcing, porque pasa de ser una empresa vertical donde las decisiones se toman por un grupo reducido de personas y departamentos a toda una serie de personas que trabajan en un proyecto conjunto. Se constituye como una forma de vida incluso una actitud. Cada proyecto que se precie hoy en día es permeable a las opiniones de los demás y permite la crítica constructiva desde todos los ángulos. Una de las principales características de la Web 2.0 es el entorno abierto para sus usuarios, que no solo les permite comentar los productos o servicios que en ella se ofrecen, sino que en muchos casos esta opinión o aporte es la materia prima de esta propia Web 2.0. se nutre de esta opinión y sin este elemento no tendría mucho sentido.

³⁶ Vid. P. COLLIN, y N. COLIN. (2013) *“Mission d’expertise sur la fiscalité de l’économie numérique, janvier*, Ministère de L’Économie et des Finances, Ministère du Redressement Productif, pág.151. Disponible en: https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf

algunos tipos de empresas digitales, se puede ver a los usuarios participando en una cadena de valor no tradicional y realizando funciones del lado de la oferta, que históricamente habrían sido realizadas por la propia empresa.

118. Las apartaciones gratuitas de los usuarios a la economía digital, refleja el espectacular incremento de beneficios de las empresas digitales, ya que estos aportan sin contraprestación su originalidad en la co-creación. En este punto hemos de señalar que, el comercio digital no necesita de presencia física exterior, ya que las propias tecnologías propician sin necesidad de instalaciones exportar e importar activos mediante la “Web”. En el caso de los datos, indicar que éstos son exportables sin que exista presencia física fuera de las fronteras de un Estado, en este caso, el vínculo al establecimiento permanente virtual serían los contribuyentes locales de datos informáticos personales.

119. Por otra parte, el comercio de datos proporciona al usuario dos beneficios; el primero de ellos, es el bien al que aspira, es decir: (libros, ropa, películas etc.) y, en segundo lugar, le proporciona una serie de alternativas en relación a dichos productos como es, la revisión de los mismos, sugerencias de próximas compras según sus gustos o hábitos etc. Autores como MANDEL (2012), señalan que: «*Claramente datos el consumo son valorados por los consumidores, de lo contrario no estarían pasando el tiempo con estos productos*»³⁷. Por tanto, aunque esa información sea diferente de la compra, posee y tiene un valor propio a considerar o estimar. Un bien, o servicio digital, no son sinónimo a comprar un bien físico de forma presencial y directa como se hace en el comercio tradicional. En este caso el consumidor tradicional es el que paga por la compra del bien o servicio que ofrece la empresa digital, ya que implica a otros servicios, que también suponen valor, tanto para el que lo ofrece (en este caso la empresa digital), como para quien lo recibe. Las consecuencias tributarias del concepto “usuario”, son verdaderamente importantes, ya que, por una parte, aparece la co-creación de valor, la cual focaliza en el lugar material donde se origina.

120. Para autores como VARGO y LUSCH (2018)³⁸: «*La co-creación de valor proyecta la idea que las empresas necesitan otras partes para la generación de valor, encontrándose entre éstas el cliente, el cual pasa a ser el principal protagonista*». Es decir, una multinacional sin conexión ni presencia física en ningún territorio, pero presente en todos ellos, es capaz de atribuir cada parte de sus ingresos locales mediante un grupo de clientes de sus servicios. En este sentido un establecimiento permanente, que no se base en una estructura organizativa física o material, no significa que no se le pueda aplicar un impuesto por su actividad económica que desarrolla en ese mercado. Cuando hablamos de establecimiento permanente virtual nos referimos al lugar fuente de los ingresos conseguidos mediante la co-creación de valor.

121. Por otra parte, cabe señalar que los usuarios locales son el referente de los bienes públicos que cada Estado emplea para el sostenimiento de sus gastos públicos como pueden ser, los servicios, las infraestructuras, educación etc. Bienes que terminan beneficiando a quienes lo pueden disfrutar y utilizar gratuitamente. La co-creación de valor digital a través del usuario como elemento externo al capital organizacional de la empresa, marca la diferencia con el concepto tradicional de consumidor cliente. Ante esta disyuntiva, reconocer la participación de la figura del “usuario”, supone una innovación importante del derecho impositivo internacional, distinto al reconocimiento de consumidor tradicional de bienes y servicios. En este caso podemos afirmar que, por un lado, el establecimiento de un Impuesto de Servicios Digitales (ISD) tendría por objeto alcanzar una parte de los grandes beneficios digitales, en concreto una parte de beneficios residuales de las empresas multinacionales fundadas en la creación conjunta de valor por parte de los usuarios, es decir en la co-creación.

³⁷ Vid. M. MANDEL. (2012), *Beyond goods and services, The (unmeasured) rise of data-driven economy*, Progressive Policy Institute, Washington, p.6.cit.. Disponible en: https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2012/10/10.2012-Mandel_Beyond-Goods-and-Services_The-Unmeasured-Rise-of-the-Data-Driven-Economy.pdf

³⁸ Vid. S. VARGO, Y R. LUSCH. (2008). “*Service-dominant logic: continuing the evolution*”. Journal of the Academy of Marketing Science, 36(1), 1-10. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Stephen-Vargo-2/publication/272566616_Service-Dominant_Logic_Continuing_the_Evolution/links/5556b21608aeaaff3bf6027f/Service-Dominant-Logic-Continuing-the-Evolution.pdf

122. Por otro lado, la presencia económica significativa trasciende la exigencia de presencia física o material, en un comercio que se efectúa de forma remota apreciándose la usabilidad eficaz e inmediata del mercado a pesar de no haber presencia física. Esto no sucede en el mercado de intangibles ya que se exigirían beneficios básicos distintos según se produzca o no la actividad remota, actividad que es generalizada en la economía digital. Para el Unión Europea, la individualización del beneficio residual a través del método (división de beneficios) centrándose en los nuevos intangibles, es una forma de consolidar un derecho de imposición común entre los Estados miembros.

123. En el caso de la UE, Debemos partir de la “base común consolidada” de la Directiva (BICCIS)³⁹, cuyo origen está en la anterior Propuesta de Directiva (CCTCB), con cuatro, factores y no tres como son: ventas(consumidor), salarios, activos y datos. Los activos intangibles del marketing como son la promoción y la publicidad deberían reforzar una tributación unitaria estableciendo formularios de prorrateo. Dentro de la propuesta de directiva CCTCB de la Unión Europea, se prevé el factor “usuario de datos”, otra cosa sería diferenciarla de la figura de consumidor de bienes y servicios; en este caso no es lo mismo consumidor que usuario de datos, ya que hay un componente de ventas y participación del usuario.

124. Tras la Directiva BICCIS que establece una base imponible consolidada común del Impuesto de Sociedades (IS), nos encontramos con la Propuesta de Directiva del Consejo de Europa relativa al “base imponible común” del Impuesto sobre Sociedades COM 685 final 2016/0337– (CNS)⁴⁰. La fórmula de distribución y reparto, junto con la división del beneficio residual soluciona simultáneamente el enquistado problema de medida de valor de los activos intangibles en el seno de las organizaciones multinacionales El vínculo entre el beneficio residual y el Precio de Transferencia de los activos intangibles y su reparto equitativo entre los Estados miembros limita la planificación fiscal agresiva. La Comisión Europea justifica el establecimiento del ISD porque: *«las empresas más grandes tienen la oportunidad de emprender prácticas de planificación fiscal agresiva. Esta es la razón por la que en relación con otras iniciativas de la Unión se ha propuesto el mismo umbral»*⁴¹.

125. A nivel internacional el recurso a los intangibles del mercado (*market intangibles*) hace técnicamente imposible el establecimiento de un impuesto a los grandes beneficios digitales o de otra naturaleza, ya que ningún Estado posee acceso a información para determinar el beneficio residual, o el beneficio ordinario, una vez se hayan separado los intangibles de mercado de otros intangibles comerciales (*trade intangibles*). Los Estados tampoco pueden establecer el montante real de los Precios de Transferencia de una organización, por falta de la información requerida por la fórmula automática de reparto. STANLEY I. LANGBEIN (2019), profesor de derecho de la Universidad de Miami sugiere que: *«esta circunstancia se genera no solo por las cantidades sustanciales de ingresos potencialmente involucrados, sino también por las preocupaciones sobre la información privada y otra información corporativa no pública ... Las inquietudes sobre la información patentada y no pública solo se pueden esperar intensificarse en los próximos años. Las empresas ubicadas en países desarrollados han poseído durante muchas décadas valiosa información tecnológica y de otro tipo protegida por las leyes de su país de origen y las leyes de otros países desarrollados con los que hacen negocios. El país de cuyas empresas esto es más cierto es Estados Unidos»*⁴².

³⁹ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa a una Base Imponible Consolidada Común del Impuesto sobre sociedades (BICCIS) COM (2016) 683 final 2016/0336 (CNS) Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016AE2205>

⁴⁰ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa a una Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades COM/2016/0685 final - 2016/0337 (CNS). Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0685>

⁴¹ Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales COM (2018) 148 final 2018/0073 (CNS) párrafo 23 pág.21 Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0148:FIN:ES:PDF>

⁴² Vid. STANLEY I. LANGBEIN. (2019) “United States Policy and the Taxation of International Intangible Income” University of Miami Inter-American Law Review págs. 81-82. Disponible en: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2573&context=umialr>

126. Por lo tanto, establecer un impuesto mínimo sobre los beneficios de los intangibles del mercado es la peor de las opciones que plantea el Pilar 1 de la OCDE. Según el departamento de Asuntos Fiscales del Fondo Monetario Internacional (FMI)⁴³, asumiendo un retorno del 10% de los activos materiales, el beneficio total será del 30%. Por lo tanto; el 30% beneficios residuales se concentra en el 1% de las grandes multinacionales. Como dato señalar que el 40% del beneficio residual está concentrado en empresas residentes en los EEUU.

4. Pilar Dos: Mecanismo Internacional de erosión anti-base

127. El Pilar Dos, pretende poner un límite a la competencia sobre el Impuesto de la Renta a las empresas; esto se realizará introduciendo una tasa impositiva mínima a las empresas multinacionales que los Estados puedan implementar para así, proteger sus bases impositivas. Con esta tasa mínima impositiva que se pretende que sea del 15% se podría recaudar a nivel global alrededor de 150 mil millones de Dólares estadounidenses. Por otra parte, se obtendrán beneficios adicionales procedentes de la estabilización del Sistema Tributario Internacional, a su vez, habrá una mayor certeza fiscal tanto para contribuyentes como para las Haciendas tributarias de los Estados. En esta labor la OCDE tienen un papel fundamental brindando su apoyo a todos los Estados incluidos los Estados en vía de desarrollo mediante el desarrollo de reuniones y eventos territoriales sobre digitalización y su fiscalidad.

128. El Pilar Dos, se constituye como un importante complemento al principio que establecen las acciones del Plan BEPS, atendiendo a la protección de las bases imponibles de cada Estado. En este caso habilita a los gobiernos de cada jurisdicción, establecer sus propios niveles de salvaguardia tributaria teniendo en cuenta al resto de jurisdicciones si la renta resulta gravada a un tipo impositivo inferior al mínimo. Por otra parte, cada Estado podrá gravar los beneficios de las empresas multinacionales y de sus actividades económicas en su territorio y, en el territorio donde se crea el valor. Además, la potestad de imponer la tasa impositiva no podrá emplearse para atraer inversiones o retener capitales foráneos. La propuesta Global de anti-erosion conocida como propuesta GloBE tiene como fin reforzar los principios de protección fiscal, así como la restricción a la competencia fiscal perniciosa.

129. La propuesta GloBE se fundamenta bajo cuatro principios o reglas mínimos:

Primero: una Regla de Inclusión de Renta (*income inclusion rule*), dirigida a gravar las rentas de una sucursal controlada sí, la renta, ya estuvo sujeta a tributación en la jurisdicción o Estado residencia. Este principio es similar al que se utiliza en las corporaciones extranjeras controladas (*Controlled Foreign Corporation*): esto es, establecer un impuesto mínimo sobre una renta obtenida en el exterior haya sido o no repatriada, si ésta previamente no ha sido gravada con un tipo efectivo de impuesto o tasa superior al tipo mínimo; pero eso sí, sin diferenciar entre beneficios residuales o intangibles de los rutinarios en función de sus activos y riesgos asociados a los primeros, y separarlos para en su conjunto se pueda habitar en el segundo caso la aplicación del *at arm's length*⁴⁴.

Segundo: se trata de una Regla de Pagos Insuficientemente Gravados (*undertaxed payments rule*), consistente en rechazar una deducción o imponer una tributación en la fuente a los pagos de una parte vinculada, cuando esos pagos no hayan estado sujetos en el país de la fuente, al menos al tipo mínimo fijado.

Tercero: es una Regla de Sustitución (*switch-over rule*), a introducir en los convenios de doble imposición, mediante la cual, el Estado de residencia de la empresa matriz podría sustituir la cláusula

⁴³ Fondo Monetario Internacional: Informe Anual 2019. Recuperado en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2019/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2019-es.pdf>

⁴⁴ *at arm's length* en idioma inglés, a este principio se lo conoce como “brazo extendido”, puesto que se entiende que a un extraño (un tercero) se le mantiene a distancia (la longitud de un brazo) y que solo a los allegados se permite mantenerse más cerca. Por este motivo, el incumplimiento de este principio - es decir, favorecer a los allegados - en la normativa anglosajona se entiende como una inapropiada distancia (menos que el largo de un brazo) mantenida entre una compañía y sus partes relacionadas.

de exención para rentas procedentes de beneficios obtenidos en el extranjero, por el método de crédito (imputación) si los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente inmueble hayan tributado por debajo del tipo mínimo exigido.

Cuarto: se aplica la Regla de Sujeción a Gravamen (*subject to tax*), complementando a la regla de pagos insuficientemente gravados, que permitiría gravar en la fuente y ajustar la aplicación de algunos de los beneficios que otorguen los convenios tributarios para ciertas rentas no sujetas a un tipo impositivo mínimo.

130. Todos los principios o reglas antes mencionados, trascienden al fenómeno de la digitalización. Su marco de actuación va más allá de la actividad económica digital, sobre todo de los activos intangibles sean de marketing o de producción empleados para desplazar beneficios hacia jurisdicciones de baja o nula tributación, esto es, Estados considerados paraísos fiscales. Las citadas reglas deberán ser adaptadas a las legislaciones de los Estados y a los convenios sobre doble imposición siendo fundamental la coordinación entre jurisdicciones para evitar la doble imposición que podría aparecer cuando una multinacional se vea obligada a tributar a la vez en más de un Estado.

131. Por lo tanto, el objetivo principal de la propuesta del Segundo Pilar, sobre un impuesto mínimo es garantizar que todas las empresas multinacionales que operen a nivel internacional tributen un mínimo de impuesto; para ello el programa de dicho pilar reúne cuatro reglas: a) la regla de inclusión de rentas; b) la cláusula de reversión de la exención; c) la regla por pagos insuficientemente gravados y d) la cláusula sobre sujeción a imposición.

132. Continuando con el Pilar 2 y las reglas comentadas anteriormente, la OCDE se centra en la regla de inclusión, y busca conocer los efectos que podrían producirse entre las partes interesadas; para ello se centra en distintas cuestiones técnicas de diseño de las nuevas reglas planteándose tres cuestiones (i) Establecer las implicaciones de usar estados financieros para simplificar la determinación de la base imponible y los mecanismos para reducir las diferencias entre éstos y la base imponible. (ii) establecer exclusiones y umbrales de determinados regímenes o empresas, aunque en este caso no se especifiquen regímenes concretos, (iii) establecer cual, podría ser el mecanismo de agregación/mezcla para determinar el nivel de tributación. En definitiva, estas propuestas o cuestiones planteadas podrían producir cambios importantes en las reglas de fiscalidad internacional bajos las cuales transaccionan las multinacionales.

133. Una vez comprobadas las reglas del Plan Global contra la erosión de la base (GloBE), pasamos a analizar los umbrales de facturación que propone el Pilar 2, de la OCDE sujetos a impuestos. El plan propuesto en el Pilar 2, afecta a todas las empresas multinacionales cuyo umbral de facturación supere los 750 millones de euros, según los límites establecidos en la documentación de los precios de transferencia de los informes país por país (report by report) de la Acción 13 de BEPS⁴⁵, esto es, que el uso de información se limite a: «*evaluar el riesgo de precios de transferencia de alto nivel, los riesgos de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y, cuando proceda, el análisis económico y estadístico*” se establece en el párrafo 2 de la Sección 5 de lo modelo de AAC bilateral del paquete de implementación».

134. Como hemos señalado para poder aplicar el umbral, se deberán tener en cuenta las reglas mencionadas anteriormente; es decir, la Regla de Inclusión de Rentas (RIR), junto con la Regla de Pagos Insuficientemente Gravados (RPIG). En principio estas reglas no obligan a modificar los convenios bilaterales entre Estados, pero éstos sí pueden modificar sus legislaciones para aplicarlas. Pero esto será la excepción para aquellos Estados que no han firmado el nuevo Instrumento o Convenio Multilateral

⁴⁵ BEPS Acción 13 Informes país por país Guía sobre el uso apropiado de la información contenida en los informes país por país. Recuperado en: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-accion-13-guia-sobre-el-uso-apropiado-de-la-informacion-contenida-en-los-informes-pais-por-pais.pdf>

que se prevé se realice a mediados de 2022; ya que los que los Estados que sí, lo hayan firmado, deberán modificar sus convenios durante los próximos años. Por tanto, cada Estado podrá aplicar GloBE independientemente del valor del umbral, si la empresa multinacional tiene su sede en ese país. Finalmente señalar que este plan no se aplicará a entidades gubernamentales, organizaciones internacionales sin ánimo de lucro.

135. En cuanto al diseño de la póliza GloBE, éste se realizará aplicando una tasa impositiva mínima del 15%, bajo los términos que establezca el país de domicilio. Si existe una diferencia entre el impuesto mínimo y la tasa impositiva efectiva en el lugar donde invierta la empresa multinacional, la diferencia se gravará en el país de domicilio a través de la regla de inclusión de ingresos; es decir, la regla extranjera se retira al país de domicilio. La aplicación del impuesto mínimo desde el país de origen se realizará a través de la Regla Sujeta a Impuestos (STTR).

136. Hemos de destacar, que Estados Unidos, está condicionando en gran medida la aplicación de estas reglas, ya que, en el año 2017, y en el marco de una importante reforma fiscal interna, este Estado adoptó un régimen relativo a los ingresos globales generados por activos intangibles de baja imposición (GILTI). Este régimen adoptado se inspira básicamente en distintos elementos de la Acción 3 del Plan BEPS, y prevé una imposición mínima sobre los ingresos de la fuente extranjera de las empresas multinacionales. En este caso el régimen norteamericano conduce genéricamente a una combinación global de ingresos e impuestos extranjeros. Pero el Plan GloBE, posee reglas más permisivas, como hemos comprobado anteriormente. Por ejemplo, los cálculos de los créditos de impuestos extranjeros pueden llegar a tasas de imposición superiores a la tasa mínima, cosa que no sucede con el Plan GloBE; del mismo modo, GILTI ha fijado actualmente un tipo mínimo del 13,12% que se incrementara a 16,4% en el año 2026.

137. En el caso del plan GloBE, los derechos tributarios del país de origen se obtendrían de la diferencia entre la tasa impositiva mínima que oscila entre el 7.5% y 9% y la tasa impositiva sobre la renta en otros países. A diferencia del Pilar 1, el Pilar 2 tiene un enfoque común no obligatorio; sin embargo, esto es algo que está cambiando ya que como hemos mencionado los Estados que firmen el Instrumento Multilateral deberán adoptar las propuestas de ambos pilares una vez que se implementen en el año 2023.

5. La Reforma Fiscal Global

138. Tras numerosos años de trabajo los miembros del Marco Inclusivo de la OCDE y el G-20 acordaron el 8 de octubre de 2021, la Declaración sobre la solución de los dos pilares para abordar los desafíos fiscales de la digitalización de la economía tradicional. para ello, se ha establecido una tasa mínima del 15% para los beneficios de empresas multinacionales de todo el Mundo.

139. Durante los últimos años la comunidad internacional se ha abierto a un diálogo armonizador debido a la globalización cada vez más latente, y en donde organizaciones como la OCDE, por un lado y la Unión Europea por otro, han ido adoptando distintas medidas globales para cambiar transformar la fiscalidad internacional. Mecanismos como el Plan BEPS, han ayudado a unificar criterios a nivel mundial de cara a luchar contra el fraude y la evasión fiscal internacional; en este contexto, surge la idea de armonizar los criterios fiscales, y la posibilidad de armonizar la fiscalidad de los distintos territorios en un mundo globalizado, donde la economía digital ha cambiado los modelos de negocio tradicional; unos cambios que han puesto en evidencia el Sistema Fiscal Internacional que ha quedado obsoleto ante los nuevos desafíos que plantea la digitalización.

140. Como antecedente fue en octubre de 2020 cuando la OCDE publica dos reportes o “Planos” el Pilar 1 y el Pilar 2, que hemos desarrollado en los epígrafes anteriores, y que junto al Proyecto BEPS

amplían las iniciativas para abordar la erosión de las bases imponibles con el correspondiente traslado de beneficios hacia jurisdicciones donde la fiscalidad es más favorable; este es el caso de las grandes multinacionales digitalizadas que orientan sus beneficios con independencia de si tienen, o no, presencia física. Inicialmente el pacto para llevar a delante un acuerdo global basado en los mencionados pilares se lleva a cabo el 1 de julio de 2021. Bajo el Pilar 1, se propone asegurar una distribución más justa de las utilidades y derechos impositivos entre los países en relación a las grandes multinacionales y también para las compañías que prestan sus servicios digitales; bajo el Pilar 2, se establece el punto de partida para implementar un impuesto global común sobre la renta en los países introduciendo reglas comunes anti-erosión GloBE (Global Anti-Base Erosion); la tasa mínima que se propone es de al menos el 15% para aquellas grandes multinacionales cuyos ingresos superen los 750 millones de euros.

141. La Declaración adoptada en julio de 2021 fue fundamental en el logro de que 134 Estados⁴⁶ y jurisdicciones concluyeran el marco para establecer una solución para los 2 Pilares de la OCDE, frente retos fiscales derivados de la economía digital. en la Declaración, se plasman los parámetros clave para la decisión que se toma en octubre. Por ejemplo, la proporción de beneficio residual a ser reasignado a las jurisdicciones de mercado, bajo el Pilar 1, se dejó abierta para acordándose en dicho mes a un 25%; del mismo modo, y bajo el segundo Pilar, se ratifica la tasa del impuesto mínimo del 15%, que en julio estaba abierta a variaciones. Por otra parte, se establecen otros umbrales y tarifas que deberán finalizarse para garantizar certeza fiscal, además de establecer un plan detallado que ayudara a garantizar los plazos de implementación.

142. En cuanto a la certeza fiscal, las empresas multinacionales incluidas en el análisis se beneficiarán de los mecanismos de prevención y resolución de disputas que pudieran surgir para evitar la doble imposición internacional; unos disputas que se resolverán de forma obligatoria y vinculante, sin demorar el mecanismo sustantivo de prevención y resolución de controversias que estará disponible también para asuntos relacionados con el Monto A, (ganancias de las empresas multinacionales); Además, en el Plan de implementación se establece de forma detallada otras cuestiones relacionadas con el Monto A, como los Precios de Transferencia y ganancias comerciales. En octubre de 2021 se incluye y aprueba el plan para su implementación definitiva en el año 2023, un plan cuyos elementos clave son los siguientes:

143. Pilar 1: En cuanto al alcance del Pilar 1, inicialmente la implementación del plan ha de afectar a aquellas empresas multinacionales (EM) cuya facturación global (Monto A) sea superior a 20.000 millones de euros y posean una rentabilidad superior al 10%; es decir, (beneficios antes de impuestos/ingresos). Señalar que el umbral de 20.000 millones de euros se reducirá a 10.000 millones pasados 7 años desde la entrada en vigor del acuerdo. El Monto A, se implementará mediante un convenio o instrumento multilateral (IM), cuyo texto y aprobación se prevé para mediados de 2022, cuando sea necesario, se realizarán cambios correlativos a la legislación nacional, con miras a permitir su entrada en vigor en 2023. Paralelamente se requiere que los Estados eliminen todos los impuestos a los servicios digitales que tengan vigentes. En relación al nexo, las nuevas reglas permiten la asignación del Monto A, a una jurisdicción del mercado cuando la empresa multinacional obtenga al menos 1 millón de euros en ingresos en esa jurisdicción. Para aquellos Estados cuyo producto interior bruto (PIB) sea inferior a 40.000 millones de euros el nexo se fija en 250.000 euros.

144. En cuanto a la asignación de beneficios del Pilar 1 inicialmente se aplicará a aproximadamente 100 de las más rentables empresas del mundo; no obstante, se prevé que, pasados 7 años desde la aplicación de esta disposición, se amplíen estas reglas a más empresas. Bajo este pilar, se establece el compromiso de desarrollar enfoques simplificados y optimizados para la aplicación de las reglas de

⁴⁶ Los miembros del marco inclusivo de la OCDE / G-20 sobre BEPS se unen a la Declaración de octubre de 2021 sobre una solución de dos pilares para Abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía a partir del 4 de noviembre de 2021. <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-members-joining-statement-on-two-pillar-solution-to-address-tax-challenges-arising-from-digitalisation-october-2021.pdf>

Precios de Transferencia a ciertos arreglos, con un enfoque particular en las necesidades de países de baja capacidad, que muy a menudo suscitan disputas fiscales. Finalmente, con la implementación del Pilar 1, se espera reasignar derechos impositivos sobre alrededor de 125 mil millones de Dólares estadounidenses de ganancias a las jurisdicciones o países.

145. Pilar 2: Tiene como objetivo garantizar que un número más amplio de empresas multinacionales cuyo volumen de negocio sea de al menos 750 millones de euros, paguen un mínimo nivel de impuestos, preservando al mismo tiempo la capacidad de todas las empresas de innovar y ser competitivas; la tasa impositiva a aplicar es del 15%; con esta tasa se estima recaudar alrededor de 150.000 millones de Dólares estadounidenses en nuevos ingresos fiscales. Para otras empresas más pequeñas las reglas existentes continuarán aplicándose en el Marco Inclusivo de la OCDE que cuenta con una serie de normas tributarias internacionales cuyo origen se encuentra en las acciones del Plan BEPS para reducir los riesgos de la erosión fiscal. Por otra parte, mediante medidas como la creación de incentivos fiscales para importantes actividades de negocio, o el establecimiento de un sistema fiscal simplificado y racionalizado basado en el Principio de Plena Competencia se cubrirán las necesidades que aquellos países de baja capacidad. Finalmente, con el Pilar 2, se eliminarán y paralizarán los Impuestos a los Servicios Digitales ya vigentes en numerosos Estados para implementar la nueva tasa impositiva.

146. El Pilar 2 consta de dos reglas globales contra la erosión de la base (GloBE); La primera de ellas, es una Regla de Inclusión de Ingresos (regla IIR), que impone un impuesto complementario a una entidad matriz, con respecto a la renta baja gravada de una entidad constituyente. La segunda de las reglas es, una Regla sin Pago de Impuestos (regla UTPR), que niega las deducciones y requiere un ajuste equivalente a la medida en que los bajos ingresos fiscales de una entidad constituyente no estén sujetos a impuestos según un IIR. La regla sin pago de impuestos UTPR, asignará impuestos complementarios a las entidades constituyentes de impuestos bajos incluidas las ubicadas en las jurisdicciones donde se encuentre la entidad matriz.

147. Por otra parte, se establece otra regla basada en un tratado tributario que, permite a las jurisdicciones de origen imponer impuestos (regla STTR, o regla sujeta a impuestos) sobre determinados pagos entre partes relacionadas sujetas a impuestos por debajo de una tasa mínima; esta última regla es acreditada como un impuesto cubierto por las reglas GloBE.

148. A mediados del año 2022, el Marco Inclusivo de la OCDE, prevé crear un Instrumento Multilateral (IM) para facilitar una rápida y coherente implementación de las reglas STTR; del mismo modo más adelante a finales del 2022, se desarrollará el marco de implementación de las reglas GloBE, unas reglas que poseen un enfoque común, que significa que los miembros firmantes del IM, no están obligados a adoptar las reglas GloBE, pero si deciden hacerlo, deberán implementar y administrar las reglas de la forma que prevé el Pilar 2. Como ya hemos señalado, estas reglas se han de aplicar a empresas multinacionales cuyo umbral de ingresos alcance o supere los 750 millones de euros; esto supondrá que podrán verse afectadas bajo este umbral alrededor de 10.000 empresas multinacionales de todo el Mundo.

149. Es fundamental destacar que el STTR es una parte importante lograda bajo el consenso establecido bajo el Pilar 2, para los países en desarrollo. Los miembros firmantes el IM, que apliquen tasas nominales del Impuesto sobre la Renta de las empresas por debajo de la tasa mínima podrán implementar el STTR en sus tratados bilaterales cuando se les solicite. La potestad tributaria se limitará a la diferencia entre la tasa mínima y la tasa impositiva sobre el pago; la tasa mínima para el STTR estará entre el 7,5% y el 9%.

150. Las reglas GloBE establecen una exclusión de las UTPR, para las empresas multinacionales en la fase inicial de su actividad en aquellas empresas que posean un máximo de 50 millones de euros de activos intangibles en el exterior y que operen en no más de 5 jurisdicciones; esta exclusión se establece por un periodo de 5 años desde que la empresa multinacional comienza su actividad. Recor-

demos que las reglas GloBE operarán para imponer un impuesto adicional utilizando una prueba de tasa impositiva efectiva, calculada sobre una base jurisdiccional común, y una base impositiva determinada en función de los ingresos financieros que se ajustarán en función de los objetivos de la política fiscal de propugna el Pilar 2. Finalmente, en relación a los sistemas de impuestos de distribución existentes, no existe obligación tributaria adicional, si las ganancias o beneficios se distribuyen ya gravados al nivel mínimo, o por encima del mismo dentro de los cuatro años siguientes. Según las reglas GloBE, se considera que una empresa multinacional opera en una jurisdicción, si esa empresa tiene una entidad constituyente en esa jurisdicción.

151. La implementación de este Plan que recoge las reglas descritas anteriormente, así como los mecanismos para facilitar la coordinación de dichas reglas, incluye la creación de un Instrumento Multilateral que se hará efectivo a mediados del 2022, año en el que deberá entrar en vigor el Pilar 2, para comenzar a aplicarse en el año 2023.

VI. Conclusiones

152. Una tributación global homogénea puede considerarse como una de las herramientas más importantes para enfrentarse a los desafíos globales de la economía digital, y a la desigualdad de ingresos entre los territorios; sin embargo, la evasión fiscal de las multinacionales aumenta cada vez más esa desigualdad. En octubre de 2021 se alcanzará un acuerdo global determinante para lograr actualizar el Sistema Fisca Internacional, de cara a resolver los desafíos globales de la fiscalidad internacional, sobre todo para evitar la evasión de impuestos de multinacionales fundamentalmente digitales cuyos ingresos se hacen cada vez mayores en detrimento de la economía tradicional.

153. Desde su inicio, en este estudio hemos analizado esta problemática, donde la comunidad internacional ha intentado aunar criterios y establecer propuestas y soluciones completas y efectivas que hasta ahora no habían estado a la altura de las expectativas, para lograr una nueva fiscalidad de las rentas procedentes de la económica digital. A pesar de los análisis y esfuerzos realizados por organizaciones como la OCDE, y los Estados incluidos en su Marco Inclusivo qué, de una u otra forma, han brindado un apoyo incondicional para alcanzar una reforma fiscal internacional real, ésta, no se ha llegado a producir, ya que, es fundamental la voluntad política de los gobiernos para llevarla a cabo de forma efectiva. Las reformas globales, necesitan de la colaboración y el consenso de al menos una gran mayoría de Estados. En este contexto, la Unión Europea estudio introducir en su territorio un Impuesto sobre los Servicios Digitales (ISD), como un primer paso para buscar el consenso comunitario. A nivel internacional dicho consenso se negocia y se busca en el Marco Inclusivo de la OCDE, y del G-20, como una alternativa internacional para desplegar las nuevas soluciones para gravar la económica digital.

154. En el caso de Europa, se propone, por un lado, la Directiva del Consejo COM (2018) 147/0072 (CNS), relativa a la creación de normas para empresas con presencia digital significativa; por otra parte, se establece la Directiva COM/2018/0148 final 2018/073, relativa al Sistema Común del Impuesto sobre los Servicios Digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales. En cuanto al Impuesto a los Servicios Digitales, éste tendrá como finalidad aplicarlo a empresas cuyo volumen de ingresos superen los 750 millones de euros, siempre que los ingresos obtenidos en la Unión Europea por los hechos imponible gravados fueran superiores a 50 millones de euros; el tipo de gravamen a aplicar previsto en Europa será del 3%. Una de las dificultades para implementar este tributo para la UE, ha radicado inicialmente en los criterios de localización de los usuarios, nexo fundamental para hacer efectivo el gravamen del tributo entre los Estados miembros.

155. En diciembre de 2018 tras la revisión de la Propuesta de Directiva reguladora del Impuesto a los Servicios Digitales, los Estados miembros acuerdan limitar el alcance del impuesto a solo gravar

la publicidad digital excluyendo, por tanto, la venta de datos de los usuarios. Desde el comienzo la Comisión Europea ha intentado una armonización de la fiscalidad directa en el territorio de la Unión; dicha armonización se vio limitada por las decisiones dispares de algunos de los Estados Miembros.

156. Claro ejemplo de ello lo encontramos en la decisión adoptada por el ECOFIN en su reunión de 12 de marzo de 2019, cuando numerosos Estados renuncian a establecimiento de un impuesto digital como son el caso de Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca o Alemania; otros como Francia deciden suspender su impuesto una vez que lo tenían implantado. Todos estos Estados, expresarán su compromiso de continuar trabajando para lograr una solución global en el Marco Inclusivo de la OCDE, lo antes posible; por su parte, Estados como España, Reino Unido o Italia deciden implementar de forma unilateral su propio Impuesto a los Servicios Digitales de forma transitoria hasta que se logre alcanzar un acuerdo global.

157. Tanto la Unión Europea como la OCDE, más allá de ofrecer respuestas concretas a los desafíos que plantea en la nueva fiscalidad digital internacional, han propuesto soluciones de imposición directa e indirecta; en el caso de la OCDE insertando un Impuesto sobre Sociedades a las rentas de aquellas empresas multinacionales que operan internacionalmente bajo el concepto de establecimiento permanente «virtual», o con «presencia digital significativa»; en el caso de la UE, a través de un impuesto que grave los servicios digitales, un impuesto que en la práctica ha planteado numerosas dudas y controversias.

158. En el plano de la OCDE, el Plan de Acción BEPS dedica su Acción 1, a los desafíos fiscales de la economía digital y entre ellos la necesidad de reformar la fiscalidad internacional. El nuevo paradigma de tributación internacional tiene como base los reportes que publica la OCDE en 2020; el Pilar 1, y el Pilar 2. Bajo el primer Pilar, se espera reasignar derechos impositivos sobre alrededor de 125 mil millones de Dólares estadounidenses de ganancias a las jurisdicciones o países; respecto al impuesto mínimo global que propone el Pilar segundo con una tasa mínima del 15% se pretenden generar alrededor de 150.000 millones de Dólares estadounidenses anuales en ingresos globales.

159. El acuerdo del Marco Inclusivo contempla la creación de un Instrumento Multilateral que servirá para implementar el Monto A (ganancias de las empresas multinacionales), y facilitar a su vez una rápida y coherente implementación de determinadas reglas sujetas a impuestos (STTR); por ejemplo, respecto al Pilar 1, se necesitan, reglas de fuente de ingresos para determinar el mercado apropiado en todas las empresas multinacionales que se esperan que estén dentro del alcance; inicialmente se aplicará a aproximadamente 100 de las más rentables del Mundo; no obstante, se prevé que pasados 7 años desde la aplicación de esta disposición, se amplíen estas reglas a más empresas. Respecto al Pilar 2, se necesitará desarrollar un Instrumento Multilateral que coordine las reglas GloBE;

160. La primera de las reglas, es una regla de inclusión de ingresos (regla IIR), que impone un impuesto complementario a una entidad matriz, con respecto a la renta baja gravada de una entidad constituyente. La segunda de las reglas es, una regla sin pago de impuestos (regla UTPR), que niega las deducciones y requiere un ajuste equivalente a la medida en que los bajos ingresos fiscales de una entidad constituyente no esté, sujeta a impuestos según un IIR. El paquete de los dos pilares supone la eliminación de medidas unilaterales por parte de los Estados incluidos en el Marco Inclusivo, como puede ser la eliminación del Impuesto a los Servicios Digitales, y otras medidas relevantes; unas medidas unilaterales que pueden ser ineficaces y originar disputas entre los Estados, ya que, pueden generar una posible doble imposición y originar represalias comerciales.

161. Hemos de recordar que el principal objetivo de este tipo de impuestos es hacer tributar las rentas de empresas multinacionales que ahora bajo el pilar 2 serán gravadas con el nuevo tributo. Al negociar el nuevo statu quo y, eliminar las medidas unilaterales, los miembros incluidos en el Marco

Inclusivo se encontrarán bajo un enfoque armonizado, que generará más certeza tributaria a los contribuyentes, disminuyendo a su vez las tensiones comerciales entre gobiernos.

162. El objetivo de la solución para los dos pilares, es asegurar que las empresas multinacionales no puedan aprovechar las viejas reglas sobre imposición internacional existentes hasta el momento, y asegurar que otras empresas multinacionales, por ejemplo, las que transaccionan a través de las redes, estén sujetas y graven sus rentas en aquellos territorios o lugares donde generen sus beneficios, y no solo en aquellos donde tengan presencia física. Las nuevas reglas están diseñadas para evitar esta situación; las exclusiones previstas, están relacionadas con las ganancias y actividades que no son parte de este problema, ya sea, porque estas, están ligadas al lugar donde se obtienen los ingresos, o ya sea por los beneficios tributarios que obtienen dichas empresas, lo hacen gracias a los tratados bilaterales suscritos entre Estados.

163. El compromiso para implementar ambos pilares es sellado el 08 de octubre de 2021, donde finalmente son 140 países del Marco Inclusivo, bajo el mandato del G-20, los que aprueban los estándares internacionales desarrollados por la OCDE. El historial de esta organización intergubernamental en la implementación de este tipo de estándares es excelente; como ejemplo, tenemos el paquete de medidas BEPS, que a nivel internacional asegura un ámbito nivelado entre los Estados, para aplicar medidas multilaterales de cara a conseguir una armonización económica, política y fiscal. La implementación de este Plan que recoge las reglas descritas anteriormente, así como los mecanismos para facilitar la coordinación de dichas reglas, que concluye con la creación de un instrumento multilateral que se hará efectivo a mediados del 2022, año en el que entrará en vigor el Pilar 2, para comenzar a aplicarse en el año 2023.

164. Finalmente debemos ser conscientes de que nos encontramos ante un proceso de cambio importante, que puede suponer una transformación radical de la fiscalidad internacional tal y como hoy la conocemos. Este cambio, no solo se limitaría a la fiscalidad de las grandes empresas digitales, sino como establece la propia OCDE, supondrá un proceso de adopción de decisiones políticas y medidas fiscales globales, que deberán debatirse entre los Estados para lograr el consenso. Estamos, por lo tanto, ante unos cambios cuyos impactos económicos y fiscales deben estimarse de la forma más prudente posible, de cara a consolidar el consenso internacional y lograr así una primera y verdadera armonización fiscal.

ANÁLISIS CRÍTICO E IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA COMPETENCIA RESIDUAL DEL REGLAMENTO 2019/1111 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

CRITICAL ANALYSIS AND PRACTICAL IMPLICATIONS OF THE RESIDUAL JURISDICTION IN REGULATION 2019/1111 IN PARENTAL RESPONSIBILITY MATTERS

AURELIO LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ
Prof. Titular Derecho internacional privado
Universidad de Alicante

Recibido: 19.12.2021 / Aceptado:12.01.2022
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6689>

Resumen: El presente trabajo se centra en el análisis de la competencia residual del art. 14 R. Bruselas II ter. En primer lugar, se analizan las dudas interpretativas que despierta la relación de la disposición con el CLH 1996 y con el art. 10 del Reglamento. A continuación, se explican las implicaciones prácticas que tiene, para España, la remisión a los foros de la LOPJ los cuales implican que, en muchas ocasiones, nuestros tribunales se declaren competentes en supuestos en los que el menor está escasamente vinculado con nuestro país y en los que la competencia no responde a su interés superior. Se defiende que esta jurisprudencia es contraria al principio de proximidad que, por la remisión del art. 14, debería regir su aplicación y al art. 2.1 LO 1996. Por último, se explican las ventajas que hubiera tenido la introducción de un *forum necessitatis* en esta materia en el R. Bruselas II ter.

Palabras clave: competencia judicial internacional, R. Bruselas II ter, competencia residual, foro de necesidad, LOPJ, interés superior del menor.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the residual jurisdiction in art. 14 R. Brussels II ter. First, an explanation is provided of the uncertainties surrounding the relation of this provision with the Hague Convention 1996 and with the new art. 10 of the Regulation. Then, the practical implications that the residual jurisdiction have in the Spanish legal order are explained. Many times, our courts declare jurisdiction in accordance with our internal laws in cases where the connection of the minor with Spain is very weak, and where adjudication of jurisdiction does not respond to his/her best interests. This work argues that such case law is incompatible with the principle of proximity that informs these matters and with art. 2.1 of Spanish Law on Legal Protection of Minors. Finally, an analysis is made of the advantage that the introduction of *forum necessitatis* in the Regulation would have had.

Keywords: jurisdiction, Brussels II ter Regulation, residual jurisdiction, forum necessitatis, Spanish Organic Law of the Judiciary, best interests of the child.

Sumario: I. Introducción. II. Aclaraciones en relación con los supuestos en los que resulta aplicable el art. 14. 1. La relación entre el Art. 14 y el Convenio de La Haya de 1996. A) Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996. B) Problemas derivados del carácter incompleto de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 1996. 2. La relación entre el Art. 14 y el nuevo Art. 10. A) Aplicación del art. 12 por parte de los tribunales españoles: la ausencia de referencias al interés superior del menor. B) Implicaciones de la supresión de la referencia a

los menores residentes en terceros Estados no parte del Convenio de La Haya de 1996. III. Implicaciones prácticas de la aplicación de la competencia residual por los tribunales españoles: ¿donde queda el interés superior del menor? IV. Una oportunidad desaprovechada: la conveniencia de sustituir la competencia residual por un foro de necesidad en materia de responsabilidad parental. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Se entiende por instrumento de competencia judicial internacional incompleto aquel que no regula todos los supuestos en los que los tribunales de los Estados parte pueden declararse competentes para conocer de una situación privada internacional, sino que se remite, en algunos supuestos a las normas de jurisdicción establecidas en las leyes internas de los Estados parte. La evolución experimentada por el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) europeo en la última década ha provocado que los reglamentos incompletos hayan pasado a ser una excepción. Efectivamente, en la actualidad, tan solo puede considerarse que contienen una regulación incompleta el Reglamento 1215/2012 (R. Bruselas I bis)¹, en virtud de su art. 6; y el Reglamento 2201/2003 (en adelante R. Bruselas II bis)², tanto en materia matrimonial (art. 7), como en materia de responsabilidad parental (art. 14).

En relación con estos reglamentos, se ha afirmado que su carácter incompleto puede implicar una denegación de justicia en litigios que presentan una vinculación con la Unión Europea, y que pueden poner en peligro la salvaguarda de objetivos que la UE considera fundamentales³. El establecimiento en los reglamentos UE de sistemas completos de competencia judicial internacional facilita la labor de las autoridades nacionales, favorece la seguridad jurídica y evita el *forum shopping*. Del mismo modo, supone la erradicación de los foros exorbitantes todavía existentes en muchos Estados miembros, incluido como veremos España. Resulta por ello llamativo que, en contraste con los instrumentos adoptados en los últimos años, la reforma del R. Bruselas II bis no haya conllevado una modificación en este sentido⁴. Efectivamente, con la salvedad de un cambio de numeración (el art 7 pasa a ser el 6)⁵, las competencias residuales se mantienen en el nuevo Reglamento 2019/1111 (en adelante Bruselas II ter)⁶, el cual será aplicable a partir del 1 agosto 2022⁷.

2. El presente trabajo pretende ofrecer algunas reflexiones sobre la idoneidad de mantener las competencias residuales en materia de responsabilidad parental y sus implicaciones prácticas. Y ello porque, aparte de las críticas generales que pueden realizarse en relación con las normas sobre jurisdicción incompletas, debe recordarse que, en esta materia, el reglamento convive con el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de internacional de menores (en adelante CLH 1996)⁸. La existencia de este instrumento afecta a la aplicación del art 14 y, además, exige determinar la relación entre ambos

¹ Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

² Reglamento 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 1347/2000, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj>

³ 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*, 2007, ap. 195 ss, disponible en https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study_residual_jurisdiction_en.pdf.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, "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)", Doc COM(2016) 411 final.

⁵ El nuevo art. 6 incluye en su párrafo 2 el art. 6 R. Bruselas II bis.

⁶ Reglamento 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, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj>

⁷ Art. 105.

⁸ 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.

instrumentos, cuestión que se regula en el actual art 61, el cual plantea algunas dudas que no han sido completamente resueltas en el art 97 del nuevo reglamento. Esta circunstancia dificulta la labor de los órganos jurisdiccionales, lo cual puede perjudicar la consecución del objetivo último en esta materia: el interés superior del menor⁹. El análisis de la cuestión resulta igualmente interesante porque, si bien se afirma que, en el resto de Estados miembros, los supuestos en los que sus tribunales recurren a las competencias residuales son muy reducidos¹⁰, en el caso de España, la práctica judicial reciente confirma que el recurso a los foros de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹¹ es habitual¹². Al respecto, la jurisprudencia pone de evidencia que el art. 22. quater d) se aplica generalmente de una manera mecánica por nuestros tribunales, sin prestar atención a si el menor presenta una vinculación con nuestro ordenamiento y si la declaración de competencia favorece la protección de su interés superior. A nuestro modo de ver, aunque la norma no lo establezca, el cumplimiento de estas dos condiciones está justificada por el principio de proximidad recogido en el R. Bruselas II bis/ter y por las exigencias del art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LO 1996)¹³.

II. Aclaraciones en relación con los supuestos en los que resulta aplicable el art. 14.

3. Según explican G. Biagioni y B. Campuzano Diaz, la Comisión Europea adoptó una actitud conservadora a la hora de proponer modificaciones en las normas de competencia judicial internacional del R. Bruselas II bis¹⁴. Se pretendía evitar la apertura de negociaciones que pudieran resultar complejas y que, en vista de la necesidad de unanimidad en el Consejo para la adopción de instrumentos europeos en Derecho de familia, pudieran haber conducido a la falta de aprobación del Reglamento. De ahí, que la Comisión se decantara por el mantenimiento de los mismos foros de competencia en materia de responsabilidad parental, y que las reformas propuestas se limitaran a aquellas normas que habían suscitado dificultades interpretativas¹⁵.

4. Esta actitud conservadora puede explicar que el nuevo Reglamento no incluya disposiciones destinadas a resolver las dudas interpretativas que despierta el art. 14. La primera está referida a su relación con el CLH 1996. La segunda a la relación de la disposición con el nuevo art. 10. Si atendemos al nuevo art. 97, los foros de competencia del reglamento deberían aplicarse exclusivamente cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. El art. 14 resultaría aplicable cuando el

⁹ A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, "Best Interests of the Child in Private International Law", en *RCADI*, vol. 412, 2020, 308 ss; J. J. VARA PARRA, "El interés superior del menor en los foros de competencia para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003", *REDI*, vol LVIII, 2006, pp. 797-820.

¹⁰ R. BLAUWHOFF / L. FROHN, "Chapter 3. International Jurisdiction in Cases of Parental Responsibility", en *Guide for Application of the Brussels IIbis Regulation*, 2018, p. 111, disponible en <https://www.asser.nl/projects-legal-advice/cross-border-proceedings-in-family-law-matters-2016-2018/guide-for-application-of-the-brussels-iibis-regulation/>

¹¹ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

¹² Señalan el aumento del numero de supuestos en los que las autoridades españolas deben conocer de demandas sobre responsabilidad parental en las que el menor está domiciliado en un tercer Estado no parte del CLH 1996, M. HERRANZ BALLESTEROS, "Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española", *RGDE*, 2020, num. 52, p. 2; A. DEL SER LOPEZ / 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*, num. 10, Octubre 2019, pp. 49-74, esp. 62. Contrariamente a lo que opinan C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO (*Derecho internacional privado*, 15ª Ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 431), esta jurisprudencia pone en evidencia que los foros del reglamento no dejan "sin virtualidad práctica a la regla del art. 22 quater d) LOPJ.

¹³ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

¹⁴ Al respecto, G. BIAGIONI, "Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al ricognoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale", *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. 102, 2019, núm. 4, pp. 1169-1178, esp. 1169; B. CAMPUZANO DIAZ, "El nuevo Reglamento 2019/1111: análisis de las mejoras con el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1996", *CDT*, vol. 12, num. 1., pp. 97-117, esp. 98.

¹⁵ B. CAMPUZANO DIAZ, "El nuevo ...", *op. cit.*, p. 99. En esta decisión debió pesar el fracaso que supuso la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Doc COM(2006) 399 final.

menor no tuviera su residencia habitual ni en un Estado miembro ni en un Estado contratante del CLH 1996. El antiguo art. 12.4 introducía una excepción a esta regla. La supresión de este párrafo en el nuevo art. 10 despierta la duda de si esta excepción sigue vigente¹⁶.

1. La relación entre el Art. 14 y el Convenio de La Haya de 1996

5. Al igual que la disposición actual, el art. 14 del Bruselas II ter indica que, si de los foros de competencia del Reglamento “no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro”.

La disposición llama a confusión por cuanto puede invitar a un juez poco conocedor de la materia a acudir directamente a los foros de competencia de nuestra ley interna si prestar atención al CLH 1996¹⁷. Afortunadamente, en España ya contamos con suficiente jurisprudencia que establece la necesidad de aplicar este instrumento convencional con carácter preferente a la LOPJ. Para reafirmar esta interpretación, se introduce en el nuevo Reglamento el considerando 29 que indica que “el término leyes de dicho Estado miembro debe incluir los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado miembro”¹⁸.

6. La precisión introducida en el considerando 29 no aclara, sin embargo, todos los problemas interpretativos que surgen en relación con el Art. 14. Y ello porque las competencias residuales sólo se van a aplicar cuando el CLH 1996 no resulte aplicable. Esta es una cuestión difícil de establecer por dos motivos: la inexistencia de una disposición que determine el ámbito de aplicación del Convenio; las dudas en relación con su carácter completo o incompleto.

A) Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996

7. En relación con el primer aspecto, debe recordarse que el Art. 61 a) R. Bruselas II bis (art. 97 a. R. Bruselas II ter) establece, de manera confusa¹⁹, el ámbito de aplicación del Reglamento: cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro²⁰. En cambio, en el CLH 1996 no se encuentra una disposición similar. Cuando se lleva a cabo un análisis desde la Unión Europea, esto puede llevar a pensar al aplicador del Derecho que el CLH 1996 se aplica en todas aquellas situaciones en las que no se

¹⁶ Tampoco resulta clara la relación del art. 14 con el art. 16 que establece la competencia de los tribunales de los Estados miembros para conocer de cuestiones relativas a responsabilidad parental de manera incidental. En principio, y de acuerdo con el art. 97, al igual que el resto de foros del Reglamento serían aplicables cuando el menor tuviera su residencia en un Estado miembro. En caso contrario, resultaría aplicable el Art. 14. Ahora bien, al igual que ocurre con el art. 10, el art. 16 no vincula su aplicación a que el menor resida en un Estado miembro. Así, podría ocurrir que el tribunal de un Estado miembro conozca de una demanda principal (p. ej. una sucesión) en la que está involucrado un menor con residencia habitual en un tercer Estado, y que dicho tribunal tenga competencia para conocer de una cuestión incidental con base en el art. 16. La competencia residual del art. 14 no será aplicable aunque el menor no tenga su residencia habitual en un Estado miembro.

¹⁷ 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*, 2014, num. 21, pp. 5-22.

¹⁸ Esta remisión a los instrumentos internacionales también incluye al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores. No obstante, en la actualidad, todos sus Estados contratantes lo son también del CLH 1996 (art. 51) excepto Macao, único territorio de China para el que está en vigor el CLH 1961 (C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op. cit. p. 432).

¹⁹ Para A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez esta disposición provoca que la “confusión total, la incertidumbre jurídica y el caos absoluto reinan por todas partes” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 2020).

²⁰ El nuevo art. 97 ha mejorado la regulación al incorporar un apartado 2 referido a los acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales de Estados exclusivamente partes del CLH 1996; la transferencia de competencia a estos tribunales; y los supuestos de litispendencia en los que esté involucrado uno de estos tribunales. Sobre el particular, B. CAMPUZANO DIAZ, “El nuevo ...”, op. cit., p. 99; A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio de 2019”, *CDT*, vol 12, num. 2., 2020, pp. 1243-1289.

aplica el R. Bruselas II bis/ter. De ser así, los foros de competencia de las leyes internas de los Estados contratantes no se aplicarían en ningún supuesto, por lo que el art. 14 quedaría vacío de contenido.

Coincido con la doctrina en que esta interpretación no es sostenible. Del art. 61 R. Bruselas II bis / art. 97 R. Bruselas II ter no puede extraerse que el CLH se aplica en todos los supuestos en los que no se aplique el Reglamento²¹. Esa disposición únicamente sirve para determinar la relación entre R. Bruselas II bis/ter y CLH 1996. De ella no se puede extraer el ámbito de aplicación del instrumento convencional. A mi modo de ver, el CLH 1996 será aplicable siempre que el menor no resida en un Estado miembro de la UE y el órgano judicial pueda resultar competente de acuerdo con uno de sus foros de competencia. Con carácter general este será el caso cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte exclusivamente del Convenio (es decir, que no sea Estado miembro de la Unión Europea), si bien deben tenerse en cuenta las reglas especiales previstas en los arts. 11 y 12 para la adopción de medidas de urgencia o provisionales para la protección de la persona o los bienes del menor.

B) Problemas derivados del carácter incompleto de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 1996

8. Cuestión diferente a la del ámbito de aplicación del CLH 1996 es la de su carácter completo o incompleto. No existe en el Convenio ninguna disposición que responda a esta cuestión de manera expresa. De tener un carácter completo, los foros de competencia prevista en las leyes internas de los Estados contratantes no podrían resultar aplicables, por lo que el Art. 14 sería superfluo. De entender que tiene carácter incompleto, el art. 14 cobraría toda su utilidad.

9. La doctrina se ha decantado por la segunda interpretación. Ello es así porque no existe ninguna norma en su articulado que obligue a los tribunales de los Estados contratantes a declararse de oficio incompetentes cuando su competencia no se deriva de ninguno de los foros previstos en el Convenio²². *Sensu contrario*, en estos supuestos, los tribunales nacionales pueden declararse competentes si así los establecen las normas de jurisdicción de producción interna.

Este carácter incompleto del Convenio viene ratificado en el *Informe explicativo* elaborado por P. Lagarde²³ que en el Ap. 39 indica:

*“El artículo 5 supone que el niño tiene su residencia habitual en un Estado contratante. En el caso contrario, el artículo 5 no es aplicable y las autoridades de los Estados contratantes no son competentes en virtud del Convenio más que sobre la base de otras disposiciones de éste (art. 11 y 12). Pero nada les impide declararse competentes, fuera del Convenio, sobre la base de las reglas de derecho internacional privado del Estado de las cuales dependen”*²⁴.

En este sentido, se puede afirmar que la aplicación de los foros de competencia de las leyes internas se deriva, no sólo de la remisión del art. 14 R. Bruselas II bis/ter, sino también del carácter incompleto del CLH 1996.

2. La relación entre el Art. 14 y el nuevo Art. 10

10. Una segunda fuente de problemas interpretativos que puede dificultar la labor del juez tiene que ver con la relación entre el art. 14 y el nuevo foro de la sumisión expresa recogido en el art. 10 R. Bru-

²¹ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

²² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 2071.

²³ Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>

²⁴ Ahora bien, de acuerdo con el art. 23.2.a) cuando el tribunal de origen se ha declarado competente en atención a un foro previsto en su legislación interna, el tribunal requerido puede controlar la competencia de dicho tribunal y, en su caso, denegar el reconocimiento de la decisión. Esta interpretación resulta confirmada en el ap. 84 del *Informe Lagarde*.

selas ter. Estos problemas se deben a la modificación que sufre la actual redacción del art. 12, en particular en su apartado 4, en lo que respecta a los menores residentes en terceros Estados no parte del CLH 1996.

11. En el actual texto del R. Bruselas II bis, el art. 61 indica que los foros de competencia de los arts. 8 a 13 resultan aplicables cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro. No obstante, el Art. 12 R. Bruselas II bis regula dos supuestos en los que los tribunales de un Estado miembro se pueden declarar competentes de acuerdo con el Reglamento en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado que no es parte del CLH 1996. Se trata del supuesto de acuerdo de las partes de someter la cuestión relativa a la responsabilidad parental a los tribunales del Estado miembro competentes con arreglo al art. 3 para conocer de un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial (art. 12.1); y de la elección de los tribunales que estén conociendo de procedimientos distintos a los anteriores (art. 12.3). En tales supuestos, el art. 12.4 establece expresamente que “se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.

Parte de la doctrina ha sostenido que el art. 12.4 está en “palmaria contradicción” con el art. 61 a) R. Bruselas II bis²⁵. Ciertamente, la relación entre ambas disposiciones es confusa y genera incertidumbre, pero no existe contradicción. Como se ha indicado anteriormente, la finalidad de la última disposición es, exclusivamente, la de regular la relación entre el Reglamento y el CLH 1996, pero no impide que los foros de competencia del Reglamento puedan aplicarse cuando el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado²⁶. De hecho, interpretar que los foros de competencia del Reglamento únicamente son aplicables cuando el menor reside en un Estado miembro vaciaría de contenido el art. 14 pues siempre habría un tribunal competente que impediría el recurso a la competencia residual²⁷.

Además, la doctrina ha señalado los beneficios que comporta el art. 12.4 R. Bruselas II bis, el cual actúa como un foro de necesidad²⁸. Efectivamente, en aquellos supuestos en los que el menor no tiene su residencia habitual en un Estado contratante del CLH 1996, la disposición atribuye la competencia a las autoridades de un Estado miembro con el que el menor presenta una vinculación estrecha, siempre que exista acuerdo entre las partes, y cuando la asunción de competencia responde a su interés superior. El paralelismo con los foros de necesidad previstos en otros reglamentos resulta más palpable, si cabe, por la presunción según la cual la asunción de competencia por los tribunales de un Estado miembro reúne este último requisito “cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.

A) Aplicación del art. 12 por parte de los tribunales españoles: la ausencia de referencias al interés superior del menor

12. Resulta posible encontrar en nuestra jurisprudencia reciente sentencias en las que se pone de manifiesto la utilidad de este foro de competencia.

Así, en supuestos vinculados a procedimiento de crisis matrimoniales cabe citar la SAP Barcelona de 8 enero 2015²⁹, la SAP León de 6 de septiembre 2017³⁰ y la SAP Granada 14 junio 2021³¹. La primera trata sobre la disolución de un matrimonio de nacionales chinos con residencia en España con

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, *op. cit.* p. 2020; A. DEL SER LOPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia ...”, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁶ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, *op. cit.*, pp. 6-7

²⁷ A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia ...”, *op. cit.*, p. 1256.

²⁸ E. RODRIGUEZ PINEAU, “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley-Actualidad*, num. 5944, 2004, pp. 1721-1731.

²⁹ ECLI:ES:APB:2015:164

³⁰ ECLI:ES:APLE:2017:857

³¹ ECLI:ES:APGR:2021:965

tres hijos menores residiendo con ellos, y otro en China con sus abuelos. La demanda es presentada por la madre quien, de manera adicional al divorcio, solicita la atribución del derecho de custodia sobre todos los menores, un derecho de visita en favor del padre, y un derecho de alimentos en favor de los hijos. La Audiencia confirma la competencia del tribunal de primera instancia en atención al art. 12.1 por cuanto consta el acuerdo del padre. La segunda decisión se refiere a una demanda de divorcio de españoles residentes en España que tienen un hijo residiendo con su abuela en Senegal. El convenio regulador contiene pronunciamientos sobre el derecho de custodia y de visita del menor. El tribunal resulta competente en aplicación de la misma disposición. La tercera resolución está referida a una demanda de divorcio presentada de mutuo acuerdo por dos españoles residentes en Chile, donde también vive el hijo menor. Habiéndose declarado competente para conocer de la disolución del matrimonio (art. 3 b. R. Bruselas II bis), también se considera tal para conocer de los pronunciamientos sobre guarda y custodia contenidos en el convenio regulador (art. 12.1).

Por su parte, en procedimientos distintos a los de crisis matrimoniales, el art. 12.3 también ha sido aplicado por nuestros tribunales en diversas ocasiones. Cabe citar el AAP Barcelona de 16 octubre 2019³², referido a una demanda interpuesta por una mujer boliviana residente en España en la que solicita se le conceda el ejercicio exclusivo de la patria potestad en relación con su hijo, residente en Bolivia. El demandado, boliviano residente en España, contesta a la demanda y acepta la competencia por lo que se determina que el tribunal español resulta competente en atención al art. 12.3. También se aplica esta disposición en la SAP Barcelona 1 julio 2019³³, relativa a unas medidas de guarda y custodia solicitadas por una madre residente en España en relación con su hijo, residente en Bolivia con su padre, quien acepta la competencia de nuestros tribunales. Una última resolución reseñable es el AAP Barcelona 28 enero 2021³⁴, en el que la Audiencia revoca la declaración de incompetencia del tribunal de primera instancia y se le insta a esperar a que la madre (residente en EEUU junto al hijo) comparezca para, así, determinar si aceptaba la competencia del tribunal tal y como establece el art. 12.3.

13. Resulta criticable de estas sentencias que la mayoría carezca de un análisis de la condición prevista en el art. 12.1 apartado b) y 12.3 apartado b) para que nuestros tribunales puedan declararse competentes: que la competencia responda al interés superior del menor³⁵. De todas las sentencias citadas, solo dos incluyen algún pronunciamiento sobre esta cuestión.

Así, el AAP Barcelona de 16 octubre 2019 indica que la prórroga de competencia en favor de los tribunales españoles resultaba favorable a la menor, “en tanto que se pedía la atribución en exclusiva del ejercicio de la potestad parental para la tramitación del pasaporte español, que la madre tenía facilidad para plantear la demanda en España y que el padre había aceptado la competencia”.

La segunda decisión es la muy acertada SAP León 6 de septiembre de 2017. Aunque se equivoca al enunciar la presunción del art. 12.4 (indica que se presume el interés superior del menor por el simple hecho de que reside en un Estado no parte del CLH 1996) el tribunal argumenta, acertadamente, que la asunción de competencia favorece la consecución de este objetivo porque los padres son nacionales y residen habitualmente en España, “y también porque al ser ambos titulares de la patria potestad han de asumir obligaciones y responsabilidades que se podrían exigir desde el Estado de su residencia y nacionalidad, sin que el menor se vea privado de la protección que le puedan dispensar los tribunales del territorio del Estado en el que resida”.

Desafortunadamente, el resto de decisiones aplican el art. 12 de manera muy mecánica, sin entrar a realizar un mínimo análisis sobre si la prórroga de la competencia responde al interés superior del menor.

³² ECLI:ES:APB:2019:7771A

³³ ECLI:ES:APGR:2021:965

³⁴ ECLI:ES:APB:2021:259A

³⁵ B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del artículo 10 del reglamento 2019/1111”, *REEI*, 2020, num. 40, pp. 1-35, esp. p. 28.

B) Implicaciones de la supresión de la referencia a los menores residentes en terceros Estados no parte del Convenio de La Haya de 1996

14. Como es conocido, el art. 10 R. Bruselas II bis facilita la elección de foro al eliminar la diferenciación entre los dos supuestos existentes en el actual art. 12, e incorpora la jurisprudencia existente sobre la disposición para aclarar las dudas interpretativas que pudieran existir. El resultado es un precepto muy renovado³⁶.

Llama la atención que la nueva disposición suprima la referencia a los menores residentes en terceros Estados que no son parte del CLH 1996 que actualmente existe en el apartado 4 del art. 12 y que, en un primer momento, se había introducido en el art. 10.6 de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión³⁷. Esta supresión genera dudas interpretativas: ¿debe entenderse que el nuevo art. 10 únicamente es aplicable cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, o también, como ocurre con el texto actual, cuando el menor reside en un tercer Estado no parte del CLH 1996?³⁸

Son varios los autores que han criticado el art. 12.4 por no está en sintonía con el principio de proximidad que informa las normas de jurisdicción del Reglamento, según el cual los tribunales mejor situados para garantizar el interés superior del menor son los del Estado miembro de residencia del menor³⁹. La disposición implica expandir demasiado la jurisdicción de los tribunales europeos, en particular en los supuestos del apartado primero, por cuanto no se exige ningún tipo de vinculación de la situación con el Estado del foro. Con ello no se favorece la tutela de las partes, al resultar complicado el reconocimiento de la decisión en terceros Estados⁴⁰. Esto puede ocurrir, en particular, cuando se trata de dos nacionales de Estados miembros, que residan en un tercer Estado junto a un hijo menor⁴¹. En atención a estos argumentos, podría defenderse que la supresión del apartado 4 en la nueva disposición es intencionada⁴². De hecho esta era la solución que se establecía en el art. 3.2 del antiguo Reglamento 1347/2000⁴³ y del Convenio de Bruselas II, con la finalidad de facilitar la compatibilidad de este instrumento con el Convenio de La Haya de 1996⁴⁴.

15. A pesar de estos argumentos, la doctrina mayoritaria entiende que la supresión del art. 12.4 no impide que se pueda llevar a cabo una elección de foro de acuerdo con el nuevo art. 10 cuando el menor reside en un tercer Estado⁴⁵. Coincido con B. Campuzano Diaz en que, viendo el antecedente legislativo más próximo, la interpretación contraria no tendría mucho sentido⁴⁶. También estoy de acuerdo con M. Herranz Ballesteros para quien la ausencia de referencia a una conexión territorial o vinculación del menor con un Estado miembro implica que la disposición se aplica en todos los casos⁴⁷. La interpretación

³⁶ B. CAMPUZANO DIAZ, "Acuerdos de elección...", *op. cit.* p. 6.

³⁷ E. RODRIGUEZ PINEAU, "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, Vol. 69, num. 1, 2017, pp. 139-165.

³⁸ En el mismo sentido, R. ARENAS GARCIA, "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *La Ley Derecho de Familia*, num. 26, 2020; B. CAMPUZANO DIAZ, "Acuerdos de elección...", *op. cit.*, p. 34.; A. BERNARDO SAN JOSE, "Normas de competencia...", *op. cit.*, p. 1273.

³⁹ Considerando 20.

⁴⁰ E. RODRIGUEZ PINEAU, "El nuevo reglamento...", *op. cit.*, p. 160; M. HERRANZ BALLESTEROS, "Proyección...", *op. cit.*, p. 8.

⁴¹ E. RODRIGUEZ PINEAU, "El nuevo reglamento...", *op. cit.*, p. 1721.

⁴² Para Th. M. De BOER, la prórroga de competencia a los tribunales de un Estado miembro sólo debería ser posible cuando el menor residiera en otro Estado miembro "What we should not expect from a recast of the Brussels II bis Regulation", *Netherlands Internationaal Privaatrecht (NiPR)*, 2015, num. 1., pp. 10-19, esp. 14.

⁴³ 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. (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000)

⁴⁴ Ap. 36 del Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial preparado por la profesora Dra. ALEGRIA BORRÁS (DOCE C 221, 16 julio 1998, p. 27 y ss).

⁴⁵ R. ARENAS GARCIA, "El nuevo Reglamento...", *op. cit.*, p. 3.

⁴⁶ B. CAMPUZANO DIAZ, "Acuerdos de elección...", *op. cit.* p. 34.

⁴⁷ M. HERRANZ BALLESTEROS, "El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades", *REDI*, vol 73-2, 2021, pp. 229-260, esp. 237.

contraria conllevaría que el art. 10 perdiera su valor como foro de necesidad que, como se ha explicado, a nuestro modo de ver es un factor importante que debe resaltarse en relación con el actual art. 12.4⁴⁸.

Cierto es que la asunción de competencia en estos supuestos puede no estar en sintonía con el principio rector del Reglamento. Pero, como ha sostenido la doctrina, ello no significa que el interés superior del menor no pueda quedar salvaguardado en supuestos en los que la competencia se atribuye a tribunales diferentes de los de su residencia habitual. Esta circunstancia se da, por ejemplo, en supuestos de elección de foro⁴⁹.

Además, los problemas puestos de manifiesto por la doctrina desaparecen con la nueva redacción del art. 10 por cuanto la vinculación estrecha del litigio con el tribunal designado por el acuerdo pasa a exigirse en todos los supuestos. En cualquier caso, no hubiera estado de más preservar el art. 12.4 para evitar dudas interpretativas.

Por último, cabe reseñar que la eliminación del art. 12.4 en el nuevo art. 10 también implica la supresión de la presunción según la cual la elección de foro responde al interés superior del menor cuando la iniciación de un procedimiento “resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”⁵⁰. Ello implica que, con el nuevo Reglamento, el tribunal deberá justificar que la declaración de competencia responde al interés superior del menor en todos los supuestos⁵¹, circunstancia que, como se ha explicado no se refleja en nuestra jurisprudencia.

III. Implicaciones prácticas de la aplicación de la competencia residual por los tribunales españoles: ¿donde queda el interés superior del menor?

16. De acuerdo con lo que se ha analizado en las secciones anteriores, la autoridad debe acudir a los foros de competencia de las leyes internas, por la remisión prevista en el art. 14 R. Bruselas II bis/ter, cuando ningún tribunal de un estado miembro pueda declararse competente de acuerdo con los foros de competencia del Reglamento o del CLH 1996.

Teniendo en cuenta el Art. 12 (art. 10 R. Bruselas II ter), debe recordarse que estos foros no se van a aplicar cuando existe un acuerdo de elección de foro entre los padres o cualquier otro titular de la responsabilidad parental⁵².

17. En el caso de España, esta remisión a las leyes internas se encuentra con un primer problema por el hecho de que los foros de competencia en la materia previstos en la LOPJ conviven con el Art. 32 de la Ley 54/2007 de adopción internacional (en adelante LAI)⁵³, titulado “Competencia para la constitución de otras medidas de protección de menores”.

El criterio *lex specialis* debería llevar a la aplicación de esta última disposición. No obstante, en ella no se contienen foros de competencia, sino una indicación de la prelación de fuentes en esta materia.

⁴⁸ Estos beneficios del art. 10 también ha llevado a parte de la doctrina a proponer su aplicación en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en Estados exclusivamente parte del CLH 1996 (véase, por ejemplo, A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1273). Esta propuesta se justifica en que la elección de foro en el CLH está limitada a los tribunales que conocen de un procedimiento de crisis matrimonial (art. 10). Puede entender que ello conlleva un trato diferenciado de menores residentes en Estados parte de CLH que podría considerarse menos beneficioso que el que reciben los residentes en terceros Estados. No obstante, a mi modo de ver, tal interpretación no es compatible con el CLH por cuanto se estaría aplicando el R. Bruselas II ter en situaciones que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio y que, por tanto, exigen la aplicación de sus foros de competencia para no incurrir en un incumplimiento del convenio.

⁴⁹ B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, *op. cit.* p. 11; L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitacora Millenium*, num. 14, 2021, esp. 5.

⁵⁰ R. ARENAS GARCIA, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 3. En cambio, A. BERNARDO SAN JOSE (“Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1273) opina que habría sido oportuno dejar la presunción.

⁵¹ Como explica L. Carpaneto, el texto actual exime al juez de realizar esta valoración cuando se da el supuesto del art. 12.4 (L. CARPANETO, “La ricerca du una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto: nella riforma del Regolamento Bruxelles-II bis”, *RDIPP*, 2018, num. 4, pp. 962 ss).

⁵² A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1275.

⁵³ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54/con>

La norma está destinada a cumplir una “simple función didáctica”⁵⁴. Pero cumple con este papel de manera defectuosa por cuanto no se refiere a los foros de la LOPJ, generando dudas sobre su aplicación⁵⁵. Afortunadamente, estos defectos de la disposición no han tenido consecuencias prácticas. De hecho, nuestros tribunales no aplican esta disposición. A la hora de citar la prelación de fuentes en esta materia, generalmente, se refieren al art. 21 LOPJ. Es el caso, por ejemplo, de la SAP León de 6 septiembre 2017⁵⁶ o del AAP Barcelona 11 abril 2019⁵⁷.

18. Descartado por tanto el art. 32 LAI, los foros de competencia en materia de protección de menores se contienen en nuestra norma general en materia de competencia judicial internacional, la LOPJ. Si bien se presta especial atención a los foros especiales contenidos en el art. 22. quater. d), en realidad nuestros tribunales también pueden declarar su competencia para la adopción de medidas de protección de menores en atención a otros foros previstos en la LOPJ⁵⁸.

En primer lugar, el foro general del domicilio del demandado (art. 22.ter) el cual, en muchas sentencias, se cita como aplicable subsidiariamente para el caso de que el demandado no aceptara la competencia de los tribunales españoles (en cuyo caso se aplicaría el art. 12.3). Puede citarse como ejemplo el AAP Barcelona 11 abril de 2019⁵⁹, relativo a un asunto en el que los padres litigan sobre la obtención del DNI de su hija española residente con su madre en Brasil. En la medida en que Brasil no es parte del CLH 1996, la Audiencia indica que el tribunal de instancia podría declararse competente por el art. 12.3 si se confirma la aceptación de la competencia por parte del marido, o por el art. 22.ter por cuanto reside habitualmente en España. Otra decisión en este sentido es la SAP Valencia 10 octubre 2020, relativa al establecimiento del régimen de guarda y custodia de un menor que reside en Colombia con sus abuelos, pero cuyos padres residen en nuestro país.

En segundo lugar, puede resultar aplicable el foro previsto en el art. 22 sexies para la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. El foro conserva su aplicabilidad cuando el menor en cuestión no reside habitualmente en un Estado miembro y si, además, ninguno de los foros de competencia del CLH 1996 atribuyen la competencia a los tribunales españoles⁶⁰.

En tercer lugar, el foro de necesidad previsto en el apartado 3 del art. 22 nonies que indica que “los tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”⁶¹.

19. La norma utilizada con mayor asiduidad por los tribunales españoles para declararse competentes en estos litigios es el art. 22 quater d) y, en particular, el foro de la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante⁶². Tal es el caso del AAP Tarragona 25 enero 2017⁶³, relativa a

⁵⁴ F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, pp. 282–289.

⁵⁵ A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, “La ley aplicable a la adopción internacional y la competencia judicial en materia de medidas de protección del menor tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, pp. 375-393.

⁵⁶ ECLI:ES:APLE:2017:857

⁵⁷ ECLI:ES:APB:2019:1966A

⁵⁸ No parece aplicable, aunque en alguna resolución se mencione, el foro de la sumisión tácita. Es el caso de la SAP Barcelona 13 enero 2017 (ECLI:ES:APB:2017:2680) relativa a una demanda de guarda y custodia presentada por mujer ecuatoriana residente en España contra su marido residente en Perú, país donde también reside el menor. El tribunal señala la posibilidad de declararse competente por sumisión tácita (antiguo art. 22.2 LOPJ) por cuanto el marido no impugna la competencia, si bien a continuación señala la aplicación de los foros de competencia previstos en el art. 22.3.

⁵⁹ ECLI:ES:APB:2019:1966A

⁶⁰ C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op. cit. p. 432; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2075.

⁶¹ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, op. cit., p. 12.

⁶² Es habitual que la jurisprudencia se refiera al inciso final de la disposición (“o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”) como “incomprensible y [carente] de sentido”. Es el caso de la SAP Barcelona de 5 noviembre de 2019 o de la SAP de León de 18 julio 2018.

⁶³ ECLI:ES:APT:2017:156A

una demanda de guarda y custodia de un menor español que vive con su madre en Rusia presentada por el padre, residente en España. El tribunal se declara competente en base a la residencia en España del demandante (antiguo art. 22.3 LOPJ). Otra sentencia en este sentido es la SAP de León de 18 julio 2018⁶⁴, relativa a una demanda de divorcio solicitada ante tribunal español por dos pakistaníes con residencia habitual en España, pero cuyo hijo reside en Pakistán con sus abuelos maternos. Junto con la disolución la madre solicita la guarda del menor y el derecho de visita a favor del padre. Al no existir acuerdo, la competencia corresponde a los tribunales españoles por el art. 22 quater d) LOPJ por cuanto la madre demandante residía en España (también podría haberlo hecho por el art. 22 ter). La SAP Barcelona de 5 noviembre de 2019⁶⁵ esta referida a la demanda presentada por un padre residente en España que solicita un derecho de visita en relación con sus hijos que residen junto a su madre en La India. El tribunal se declara competente por el art. 22 quater d). También de la Audiencia provincial de Barcelona es la sentencia de 2 noviembre 2020⁶⁶, que parte de un supuesto diferente por cuanto el procedimiento se celebra en rebeldía del demandado. La esposa, residente en España, solicita la guarda y custodia, además del ejercicio de la patria potestad, de un menor residente en Bolivia con sus abuelos. El tribunal, de nuevo, es competentes por el art. 22 quater d).

20. En relación con esta disposición la doctrina ha afirmado que recoge “un foro extremadamente amplio que permite a los tribunales españoles conocer, incluso en casos escasamente vinculados con España”⁶⁷; o, directamente, que se trata de un foro exorbitante⁶⁸. En opinión de J. C. Fernandez Rozas y S. Sanchez Lorenzo, “[c]arece de justificación que los tribunales españoles se declaren competentes por el simple hecho de que el demandante sea español o resida en España desde el punto de vista del interés superior del menor”⁶⁹.

La crítica nos parece acertada. En la medida en que los foros de la LOPJ resultan aplicables por remisión del art. 14 R. Bruselas II bis/ter, su aplicación debería de estar informada por el principio de proximidad. Como se ha explicado anteriormente, este principio también informa las excepciones al foro general de la residencia habitual del menor, como es la elección de foro del art 10^o. De ahí que la disposición exija que el menor esté estrechamente vinculado con el Estado miembro de los tribunales elegidos, y que la competencia responda a su interés superior.

Pues bien, en la medida en que los foros de la LOPJ resultan aplicables por remisión del propio Reglamento (art. 14), aunque la redacción del art. 22 quater d) no responda al principio de proximidad, a la hora de su aplicación los tribunales deberían controlar que sólo se declaren competentes en supuestos en los que el menor está estrechamente vinculado con nuestro país, y que la declaración de competencia favorece su interés superior.

Al respecto, debe recordarse que el art. 2.1 LO 1996 indica que en la aplicación de cualquier ley que les afecten primará el interés superior del menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. La *Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas*⁷¹ establece que el interés superior del menor es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. La segunda acepción obliga a las autoridades competentes a adoptar la interpretación de la norma que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. La tercera, a que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción incluya una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de

⁶⁴ ECLI:ES:APLE:2018:841

⁶⁵ ECLI:ES:APB:2019:13078

⁶⁶ Puede encontrarse un comentario en X. OBERGOZO MIGUEL, “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 2020)”, *CDT*, vol 13, num. 2, pp. 848-854.

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2075.

⁶⁸ J. C. FERNANDEZ ROZAS/ S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª ed, Madrid, Civitas, 2020, p. 414.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, op. cit. p. 11; L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter ...”, op. cit., p. 24.

⁷¹ Observación General n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC/GC/2013/14)

la decisión en el niño. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho⁷².

21. Desafortunadamente, las sentencias anteriormente citadas carecen de razonamientos alrededor de estas cuestiones. En su mayoría se limitan a aplicar de manera mecánica los foros de competencia de la LOPJ (en particular, el art. 22 quater d), sin pararse a analizar si la situación realmente presenta alguna conexión con el ordenamiento español, o si la declaración de competencia beneficia el interés superior del menor. En relación con el segundo requisito, cuando se hace referencia al mismo (que no es en todos los casos) no se indican las razones por las que es así. Parece darse por sentado que entrar a conocer del litigio en detrimento de los tribunales del tercer Estado donde reside el menor resulta más beneficioso para este último.

Existe alguna excepción honrosa. A las sentencias ya citadas al analizar el cumplimiento de este requisito en el art. 12, debe añadirse el AAP Barcelona de 11 abril 2019. Si bien el tribunal no determina exactamente por qué foro puede declararse competente, indica que “la competencia de los tribunales españoles se ajusta además al interés de la menor de nacionalidad española en tanto la petición tiene por objeto la tramitación del DNI y pasaporte español, la madre tiene facilidad para plantear la demanda en España y el padre tiene mayor facilidad para litigar en España lo que favorece una pronta resolución”.

22. Esta ausencia de referencia al interés superior del menor a la hora de declararse competentes, contrasta con la alusión que en algunas sentencias se realiza a este objetivo como argumento de fondo para desestimar la demanda. Así, en la ya citada SAP Barcelona de 13 enero 2017, una vez asumida la competencia en atención al antiguo art. 22.3, el tribunal desestima la demanda pues “se considera que el interés de la menor se concreta asimismo en gozar de estabilidad y ello podría frustrarse si se concediera la custodia a la madre que hace varios años que no convive con ella”. Un segundo ejemplo lo encontramos en la SAP Barcelona 1 julio 2019, en la que tras declararse competente para conocer de una solicitud de medidas de guarda y custodia relativas a un menor residente con su padre en Bolivia, el tribunal desestima la demanda por considerar que “en beneficio de la menor, ésta debía permanecer en Bolivia”.

El resultado alcanzado resulta encomiable, pero hubiera resultado preferible, en ambos supuestos, por razones de economía procesal, que los requisitos de vinculación e interés superior del menor se tomaran en consideración a la hora de aplicar los foros de la LOPJ y que los tribunales no se hubieran declarado competentes.

23. De acuerdo con lo dicho, a pesar de la existencia del art. 2 LO 1996, el respeto del principio de legalidad que informa nuestras normas de competencia judicial internacional pesa mucho, y lleva a los jueces a declararse competente siempre que así lo indique un foro de la LOPJ, sin entrar a valorar si, en el caso concreto, es lo más apropiado para el interés superior del menor. Existen, sin embargo, dos brillantes resoluciones que rompen esta regla por cuanto, a pesar de la existencia del art. 22 quater d), los tribunales se inhiben de conocer del litigio.

La primera es el AAP Valencia de 10 abril 2019⁷³ relativa a un proceso de divorcio iniciado por una mujer española contra su marido también español. Ambos son residentes en Australia donde también vive su hijo. La mujer solicita, además del divorcio, mantener la patria potestad compartida de su hijo y acordar la guarda materna. Cabe citar que la demanda viene precedida de una condena por secuestro internacional del hijo común presentada contra la madre en España. La Audiencia declara que el tribunal de instancia resultaba competente para conocer del divorcio (art. 3 b R. Bruselas II bis) pero, al haber el marido presentado declinatoria, no puede entenderse que existiera acuerdo para atribuir a este tribunal la competencia sobre las cuestiones de responsabilidad parental de acuerdo con el art. 12.1. El tribunal se olvida de citar el art. 22 quater d) LOPJ que le hubiera otorgado competencia por cuanto la demandante reside en España.

⁷² A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, “Best Interests ...”, *op. cit.*, pp. 294-296; A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1258.

⁷³ ECLI:ES:APV:2019:1513A

La segunda es el AAP Barcelona de 4 de octubre 2018⁷⁴ relativa a una solicitud de guarda y custodia solicitada por una mujer venezolana residente en España en relación con su hijo menor, residente en Venezuela junto a su padre. Este último disfrutaba de la guarda y custodia de la menor en base a una sentencia venezolana cuyo reconocimiento en nuestro país no consta. Aunque el tribunal cita el art. 22 quater, acaba concluyendo: “Así las cosas, no correspondiendo a los Tribunales españoles resolver sobre lo que ya ha resuelto el Tribunal del lugar en el que siempre ha residido el niño, ni que ejerzan censura o crítica sobre las decisiones de los Tribunales del país en que reside el niño, por no ser del agrado de la madre que allí no reside, ni que se arroguen la capacidad de tomar decisiones al margen de las ya adoptadas y en base a cuestiones socio-económicas de dos territorios que ostentan soberanía nacional y que determinaron que la madre emigrara a otro país pero el padre quedara en el origen y residencia del menor, no procede modificar la resolución recurrida que es plenamente acorde con la legislación aplicable, debiendo la madre instar lo que considere conveniente ante los tribunales de su país de origen, que es también el país de residencia del hijo y de su padre”.

Ambas decisiones son acertadas, pero no encuentran sustento en el art. 22 quater d), disposición que debería haber obligado a los tribunales a declararse competentes. Como decimos, lo correcto hubiera sido citar la disposición y descartar su aplicación con base en el art. 2 LO 1996, por cuanto el menor presenta una vinculación escasa con el ordenamiento español, y la atribución de competencia no responde al interés superior del menor.

24. En fin, la aplicación mecánica del art. 22 quater d) sin analizar si existe vinculación con el ordenamiento español y si se garantiza el interés superior del menor está llevando, además, a dinamitar la utilidad CLH 1996 y a cuestionar su razón de ser.

La jurisprudencia analizada pone de manifiesto que resulta más fácil que los tribunales españoles se declaren competentes para conocer una medida en materia de responsabilidad parental (y, probablemente de la obligación de alimentos accesoria por aplicación del art. 3 d) R. Alimentos) cuando el menor no tiene su residencia habitual en un Estado parte del CLH 1996, que cuando la tiene⁷⁵. En el primer caso, los tribunales españoles serán competentes de acuerdo con nuestras normas internas; en el segundo, el CLH 1996 les impide declararse competentes⁷⁶. Así, por ejemplo, en la SAP Madrid 23 noviembre 2020 el tribunal se inhibe en favor de los tribunales de Ecuador porque el menor vive en Ecuador con sus abuelos, si bien tanto padre como madre residen en nuestro país. En cambio, en la SAP Barcelona 13 enero 2017, el tribunal se declara competente para conocer de una solicitud de guarda y custodia en atención a la residencia habitual en España de la madre demandante, si bien tanto la menor como el padre viven en Perú.

A mi modo de ver, constituyen diferencias de trato que, aunque amparados en la ley, resultan injustificadas. Además, se puede llegar a entender que resulta más fácil obtener protección por parte de las autoridades españolas cuando el menor reside en un tercer Estado que cuando reside en el CLH 1996. Esta circunstancia conduce a un contrasentido por cuanto se supone que los Estados participan en el CLH 1996 para favorecer una mejor protección de los menores. Estos resultados se pueden evitar si, como sostenemos, la aplicación de los foros de competencia de la LOPJ va acompañada de una verificación de que la competencia de la autoridad ante la que se presenta la demanda está justificada por la vinculación del menor con nuestro país, y porque la asunción de competencia le beneficia.

⁷⁴ ECLI:ES:APB:2018:8442A

⁷⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyeccion...”, *op. cit.* p. 3; A. DEL SER LOPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia...”, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁶ Así, por ejemplo, el AAP Barcelona 27 noviembre 2018 (ECLI:ES:APB:2018:7654A), relativas a una demanda de solicitud de guarda y custodia en la que las menores residen en Ecuador; la SAP Valencia 2 marzo 2020 (ECLI:ES:APV:2020:833) relativa a una solicitud similar presentada por un padre que vive en España en relación a una menor que reside en República Dominicana con su madre; la SAP Madrid 23 noviembre 2020 (ECLI:ES:APM:2020:14546) en la que ambos padres viven en España pero el hijo menor vive en Ecuador con sus abuelos; el AAP Barcelona de 17 mayo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:3796A) relativo a una demanda presentada por la madre, residente en España, relativa a una menor que vive con su abuela en Panamá, con el padre residiendo en Colombia.

IV. Una oportunidad desaprovechada: la conveniencia de sustituir la competencia residual por un foro de necesidad en materia de responsabilidad parental

25. El análisis de la jurisprudencia nacional relativa a los foros de la LOPJ en materia de protección de menores pone de manifiesto uno de los problemas que conlleva la competencia residual del art. 14: es una puerta abierta a los foros exorbitantes⁷⁷, es decir, a la asunción de competencia por los tribunales de Estados miembros de acuerdo con sus leyes internas en situaciones en las que el menor no tiene ninguna vinculación con el Estado del foro y que no responden a su interés superior. En el caso español, esta circunstancia se pone de manifiesto en varias de las resoluciones citadas con anterioridad⁷⁸.

El peligro que supone abrir la puerta a los foros exorbitantes que se deriva de la competencia residual en materia de responsabilidad parental es mayor que el que puede existir en materia matrimonial por cuanto, de acuerdo con el nuevo art. 6.2, en este último caso, los foros previstos en las leyes internas no resultan aplicables a demandados nacionales o residentes en un Estado miembro⁷⁹. Esta limitación a la aplicación de la competencia residual no existe en materia de responsabilidad parental. Además, el art. 14 no contiene la equiparación prevista en el art. 6.3 entre nacionales de un Estado miembro residentes en otro Estado miembro con los nacionales de ese otro Estado miembro a los efectos de beneficiarse de los foros de competencia (exorbitantes) previstos en las leyes internas en demandas contra demandados que no tengan su residencia habitual en la Unión Europea.

26. Otro problema que se deriva de la competencia residual del art. 14 es que implica un grado elevado de complejidad en la determinación de los tribunales competentes en materia de protección de menores o, en cualquier caso, un grado de dificultad superior al del resto de instrumentos existentes en Derecho de familia y sucesiones⁸⁰. Esta complejidad afecta a la buena administración de justicia por cuanto dificulta la labor del aplicador del Derecho en una materia en la que está en juego no sólo el derecho a una tutela judicial efectiva, sino también el interés superior del menor.

27. En íntima relación con el problema anterior esta el hecho de que el art. 14 supone una puerta abierta a la diversidad en los foros de competencia aplicables, y con ella una ruptura de la uniformidad⁸¹. Esta diversificación supone la inexistencia de un marco jurídico completo para la delimitación de la competencia entre los Estados miembros, circunstancia que favorece prácticas de *forum shopping*, y puede afectar a la previsibilidad del demandado a la hora de determinar ante qué tribunales puede resultar demandado⁸².

Efectivamente, el estudio llevado a cabo por A. Nuyts⁸³ sobre las competencias residuales pone de manifiesto que, en esta materia, existe una gran diversidad de foros aplicables a nivel nacional. En nueve Estados miembros, la nacionalidad del menor es suficiente para atribuir competencia a sus autoridades. En cinco, el criterio aplicable es la nacionalidad de cualquiera de los padres. En el resto, se atribuye competencia en atención a otros criterios como puede ser el domicilio del demandante o del demandado, o la conexión con un procedimiento de divorcio aunque no sea de pleno acuerdo. En fin, diez Estados miembros regulan un foro de necesidad que, con base en requisitos diversos, podría servir para atribuir la competencia a sus autoridades en última instancia⁸⁴.

⁷⁷ R. BLAUWHOFF / L. FROHN, "Chapter 3...", *op. cit.*, p. 110.

⁷⁸ Pueden consultarse, a modo de ejemplo, SAP Barcelona 13 enero 2017, el AAP Tarragona 25 enero 2017, SAP Barcelona 5 noviembre 2019 en las que la competencia se sustenta en la residencia habitual del demandante en nuestro país.

⁷⁹ Al respecto, el apartado 2 del nuevo art. 6, que fusiona en una disposición única los arts 6 y 7 R. Bruselas II bis indica: "Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5".

⁸⁰ Así lo entiende M. A. Sanchez Jimenez en relación con la materia matrimonial, crítica que, a mi modo de ver es extensible a la materia de responsabilidad parental (M. A. SANCHEZ JIMENEZ, "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II bis", *RDCE*, num. 63, 2019, pp. 407-448, esp. 420).

⁸¹ A. BERNARDO SAN JOSE, "Normas de competencia...", *op. cit.*, p. 1275.

⁸² A. BERNARDO SAN JOSE, "Normas de competencia...", *op. cit.*, p. 420.

⁸³ A. NUYTS, *Study...*, *op. cit.*

⁸⁴ Aps. 87 y 122.

28. A pesar de la gran variedad de foros recogidos en las leyes internas en esta materia, A. Nuyts concluye que no resulta asegurado que la demanda relativa a un menor residente en un tercer Estado que presente un vínculo estrecho con la Unión Europea pueda llegar a ser conocida por las autoridades de un Estado miembro. Además, las diferencias entre estos foros de competencia conllevan un trato diferenciado de los menores en atención a su nacionalidad que, si bien no parece contraria al art. 18 TFUE, si que puede implicar una denegación de justicia⁸⁵.

En el mismo sentido se pronunciaba la Comisión Europea en su *Informe de aplicación del R. Bruselas II bis* presentado en 2014⁸⁶; y se pronuncia, actualmente, en la doctrina española, A. Bernardo San José, para quien pueden darse situaciones en las que ni las autoridades de un Estado miembro, ni las de un tercer Estado sean competentes en materia de responsabilidad parental, circunstancia que colisiona con la tutela judicial efectiva además de con la protección del interés superior del menor⁸⁷.

Es más, la existencia de foros por conexidad en el R. 4/2009 (art. 3 d) por los que los tribunales que conocen de una demanda en materia de responsabilidad parental pueden conocer de acciones de alimentos presentadas con carácter accesorio puede implicar que las consecuencias de una denegación de justicia se dupliquen.

29. Ante estos problemas, resulta criticable que el legislador europeo no decidiera reemplazar, en el nuevo Reglamento, la competencia residual del art. 14, por un *forum necessitatis*. De hecho, en el citado *Informe de aplicación*, la Comisión Europea defendía su introducción tal y como proponía el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa sobre la propuesta de Reglamento Roma III⁸⁸.

Ciertamente, la introducción o no de un foro de necesidad responde a intereses de política legislativa⁸⁹. Así, en el caso del Reglamento Bruselas I bis se ha sostenido que la razón por la cual se mantienen la competencia residual descansa en garantizar que los sujetos domiciliados en terceros Estados no reciben un trato de favor en relación con las personas domiciliadas en los Estados miembros las cuales pueden quedar sujetos a foros exorbitantes y discriminatorios que pueden establecerse en los ordenamientos de terceros Estados⁹⁰. No parece que este argumento sea trasladable a los litigios en materia de responsabilidad parental, donde la protección del interés superior del menor debe prevalecer sobre estas cuestiones de política legislativa.

O podría haberse considerado que, como indican algunos informes, la aplicación de la competencia residual es excepcional en los Estados miembros y, por lo tanto, los problemas planteados no revisten mucha gravedad⁹¹. De ahí que algunos autores se hayan planteado un foro de necesidad en materia matrimonial, pero no para asuntos de responsabilidad parental⁹². En mi opinión, en vista del importante número de veces en las que nuestros tribunales declaran su competencia en atención a los foros de la LOPJ, este argumento no es válido al menos para España.

La explicación de la falta de inclusión de un foro de necesidad en el R. Bruselas II ter reside, más bien, en la actitud de prudencia que asumió la Comisión a la hora de presentar la propuesta de Reglamento⁹³. De hecho, la primera propuesta que, finalmente no salió adelante, contenía un foro de necesidad en materia matrimonial. Mayor razón para evitar cualquier discusión al respecto en la propuesta posterior.

⁸⁵ Ap. 200 y 201.

⁸⁶ Comisión Europea, "Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000", Doc. COM(2014) 225 final, p. 9.

⁸⁷ P. 1275-1276.

⁸⁸ Resolución legislativa de 15 diciembre 2010, P7_TA(2010)0477

⁸⁹ M. SZPUNAR, "Forum of necessity in family law matters within the framework of EU and international law, ", *Polski Proces Cywilny*, vol 4, 2021, pp. 563 ss, esp. 577, disponible en <https://assets.contenthub.wolterskluwer.com/api/public/content/331a5271020f44d8a2c72a20cc93a71b?v=272182d0>,

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2095; F. CADET, "Le nouveau règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 765-790, esp. 773.

⁹¹ U. VIARENGO / F. VILLATA (eds.), *Planning the future of Cross-border Families: A path through Coordination. Final Study*, p. 118, disponible en <http://www.eufams.unimi.it/wp-content/uploads/2017/12/EUFams-Final-Study-v1.0.pdf>

⁹² T. KRUGER / L. SAMYN, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *JPIL*, enero 2016.

⁹³ B. CAMPUZANO DIAZ, "El nuevo ...", op. cit., p. 99.

30. Esta última circunstancia no es excusa para no haber sustituido la competencia residual del art. 14 por un *forum necessitatis* en materia de responsabilidad parental en vista de las ventajas que conlleva.

La primera de ella es la de evitar situaciones de denegación de justicia. De hecho, esta es la justificación de la introducción de este foro en Reglamento 4/2009⁹⁴, Reglamento 650/2012⁹⁵, Reglamento 2016/1103⁹⁶ y Reglamento 2016/1104⁹⁷.

En segundo lugar, si bien varios Estados miembros ya cuentan en sus leyes internas con un foro de necesidad, la adopción de esta norma en el R. Bruselas II ter hubiera garantizado el establecimiento de condiciones de aplicación uniforme y su interpretación autónoma por parte del TJUE⁹⁸.

En tercer lugar, se favorecería la coherencia del sistema de competencia judicial internacional europeo por cuanto el R. Bruselas II ter pasaría a ser completo⁹⁹, al igual que el resto de reglamentos europeos en materia de Derecho de familia y sucesiones¹⁰⁰.

En cuarto lugar, se eliminaría la diversidad en el régimen de competencia judicial internacional por cuanto las leyes internas no podrían resultar aplicables; y se reduciría el grado de complejidad en la determinación de los tribunales competentes para el aplicador del Derecho.

En quinto lugar, se evitaría la posibilidad de que los tribunales de los Estados miembros asumieran competencias en estas materias a partir de foros exorbitantes que pueden poner en peligro el interés superior del menor y el derecho de defensa del demandado.

31. El foro de necesidad en el R. Bruselas II ter debería establecer unas condiciones de aplicación similares a las existentes en el resto de reglamentos europeos. De esta manera se garantizaría que cuando se dieran los requisitos para que el tribunal de un Estado miembro pudiera declararse competente para conocer de la demanda en materia de responsabilidad parental, también se cumplirían las condiciones para que pudiera conocer de demandas conexas como, por ejemplo, en materia de crisis matrimoniales o de alimentos para los hijos¹⁰¹.

Dichas condiciones de aplicación serían: a) que el asunto presente una vinculación estrecha con el Estado miembro en cuestión; b) que resulta imposible o no resulta razonable iniciar un procedimiento en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. Su aplicación, además, debería ser excepcional¹⁰².

Ahora bien, el foro de necesidad también debería tener presente las particularidades de la materia. Así, en primer lugar, la vinculación con el Estado miembro en cuestión debería predicarse del menor, no del asunto en su conjunto; en segundo lugar, de acuerdo con el principio rector de la materia, la declaración de competencia por el tribunal en cuestión debería responder al interés superior del menor¹⁰³. De esta manera, además, se aseguraría que el foro de necesidad estuviera alineado con el art. 10 R. Bruselas II ter.

⁹⁴ Considerando 16.

⁹⁵ Considerando 31.

⁹⁶ Considerando 41.

⁹⁷ Considerando 40.

⁹⁸ R. BLAUWHOFF / L. FROHN, "Chapter 3...", *op. cit.*, p. 110.

⁹⁹ Siempre que como propone la doctrina, también se incluya un foro de necesidad en materia matrimonial. En este sentido, T. KRUGER / L. SAMYN, "Brussels II bis...", *op. cit.*, p. 10; M. A. SANCHEZ JIMENEZ, "Divorcio...", *op. cit.*, p. 420 ss.

¹⁰⁰ Sobre las interacciones entre los diferentes instrumentos en Derecho de familia, L. VALKOVÁ, "The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law", *CDT*, vol 9, num. 2, 2017, pp 551-568.

¹⁰¹ En 2009, antes de la llegada de los reglamentos europeos en materia de familia y sucesiones, D. P. Fernandez Arroyo ya defendía la utilidad de lo que llamaba el "foro de necesidad por vía de extensión" para que un juez que, por ejemplo, fuera competente para conocer de un divorcio pudiera extender su competencia a las cuestiones sobre responsabilidad parental accesorias aunque ninguna norma atribuyera a ese tribunal la competencia. D. P. FERNANDEZ ARROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *RCADI*, vol 323, 2009, p. 75.

¹⁰² En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a un debido proceso recogido en el art. 6 no impone una obligación a los Estados parte de establecer un foro de necesidad (ap. 201) y, en caso de establecerlo, las autoridades pueden adoptar una interpretación restrictiva de las condiciones de aplicación siempre que no limiten el derecho de acceso a la justicia de manera desproporcionada de acuerdo a la finalidad perseguida. STEDH de 15 marzo 2018, "*Nait-Liman c. Suiza*", (ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707)

¹⁰³ A. NUYS, *Study...*, *op. cit.*, ap. 202.

V. Conclusiones

32. Existen importantes razones por las cuales hubiera sido conveniente sustituir la competencia residual del art. 14 por un *forum necessitatis*. En particular, si lo analizamos desde el punto de vista de España, con ello se evitaría que nuestros tribunales se declarasen competentes, de acuerdo con el art. 22 quater d) LOPJ, en supuestos que presentan una escasa vinculación con nuestro ordenamiento y en los que no se beneficia el interés superior del menor.

A mi modo de ver, el cumplimiento de estas dos condiciones es una exigencia del principio de proximidad del R. Bruselas II ter que, por extensión (art. 14), resulta aplicable a la hora de determinar la competencia de acuerdo con las leyes internas (en nuestro caso la LOPJ).

33. La ausencia de este foro de necesidad incrementa la importancia de interpretar que el nuevo art. 10 resulta aplicable en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en terceros Estados. Gracias a ello, siempre que exista acuerdo entre las partes involucradas, y se cumplan las dos condiciones indicadas, los tribunales españoles podrán declararse competentes.

34. En defecto de acuerdo entre las partes involucradas, no debería bastar con la aplicación mecánica de los foros de la LOPJ (en particular, el art. 22 quater d) tienen porqué ser necesariamente exorbitantes. El tribunal debería verificar que, en el caso concreto, el menor está estrechamente vinculado con nuestro país, y la declaración de competencia responde a su interés superior.

De no cumplirse estos dos requisitos, aunque los foros de la LOPJ resultaran aplicables, los tribunales deberían inhibirse de oficio con base en el art. 2.1 LO 1996.

CUANTIFICANDO DAÑOS POR ILÍCITOS ANTITRUST, ¿QUO VADIMUS?

QUANTIFYING DAMAGES FOR ANTITRUST OFFENCES, QUO VADIMUS?

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Magistrado-Juez. Especialista mercantil

*Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de Marca Comunitaria,
modelos y dibujos comunitarios*

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6690>

Resumen: El expediente de la estimación judicial está jugando un importante papel en la determinación del daño por parte de los tribunales españoles en el caso del cártel de los camiones. Establecido el marco general de los criterios utilizados por los tribunales españoles en estos casos de cártel, cabe preguntarse por la aplicación concreta que los tribunales están realizando de dicho expediente. Del presente estudio se advierte que el expediente de estimación judicial del daño opera en dos planos diferenciados con importantes consecuencias sustantivas y procesales.

Palabras clave: competencia, daños, estimación judicial.

Abstract: The mechanism of judicial assessment is playing an important role in the determination of injury by the Spanish courts in the truck cartel case. Once established the general framework of the criteria used by the Spanish courts in these cartel cases, the question arises as how this mechanism is being applied by Courts. This study shows that the judicial assessment of damages operates on two different levels with important substantive and procedural consequences.

Keywords: competition, damages, judicial estimation.

Sumario: I. Introducción; II. Marco jurisprudencial para la determinación del daño en casos de cártel en España; III. Respuestas judiciales a la determinación del daño en el cártel de camiones; IV. Breve análisis de las respuestas dadas por los Tribunales españoles: desde la aceptación del informe pericial del demandante hasta el recurso a la decisión judicial. V. La estimación judicial como sistema de daño mínimo. VI. Dos diferentes aproximaciones al daño: el daño mínimo vs el daño íntegro. VII. la estimación judicial del daño: hacia una respuesta integrada. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Mediante dos decisiones de 19 de julio de 2016 y 27 de septiembre de 2017 ¹, la Comisión Europea ponía fin al procedimiento híbrido que ha dado lugar a la sanción de los principales fabricantes

¹ La primera decisión, de 19 de julio de 2016, se refiere al acuerdo con los fabricantes MAN, DAIMLER, IVECO, VOLVO/RENAULT y DAF. El último fabricante, SCANIA, no llegó a un acuerdo de conciliación con la Comisión Europea, por lo que el expediente se cerró en una segunda decisión adoptada el 27 de septiembre de 2017 en el marco del procedimiento sancionador ordinario. El procedimiento se había iniciado por una solicitud de clemencia presentada por MAN. La decisión de Scania no es definitiva y está pendiente de recurso.

de camiones en el EEE en relación con los camiones medios (peso entre 6 y 10 toneladas) y pesados (más de 16 toneladas), tanto rígidos como cabezas tractoras. Las prácticas anticompetitivas consistían en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y el aumento de los precios brutos de los camiones en el EEE, así como sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones legalmente exigidas. El cártel habría durado 14 años ².

2. A pesar de la falta de experiencia previa³, hasta la fecha, España es la jurisdicción europea que más sentencias ha dictado en relación con el cártel de los camiones⁴, seguida de Alemania ⁵. Por otro lado, se admite que la cuestión del daño implica dos problemas consecutivos, su existencia y su cuantificación.

3. En cuanto a la existencia de daños, los tribunales españoles han considerado, en general, que el cártel de camiones causó un daño real en el sentido de un aumento neto de los precios. El principal problema se plantea en cuanto a la cuantificación. En cualquier caso, aunque existe cierta disparidad de criterios cuantitativos, es menor de lo que pudiera parecer.

II. Marco jurisprudencial para la determinación del daño en casos de cártel en España

4. El Tribunal Supremo español abordaba en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013 relativa al cártel del azúcar la cuestión de la dificultad de la valoración del daño por ilícitos antitrust. Varios son los aspectos relevantes que servían de guía a los jueces y tribunales de instancia⁶.

5. En primer lugar, el Tribunal Supremo subrayó la “imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita”. Sin embargo, esta cuestión es un lugar común de todas las “valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar”. En cierto sentido, era un reconocimiento de que los tribunales tienen una amplia experiencia en la valoración de daños y perjuicios, por lo que ese punto de partida no era infrecuente. Más interesante es que el Tribunal Supremo reconoce que existe cierta particularidad a la hora de analizar los daños derivados de los ilícitos antitrust. Esta particularidad lleva al Tribunal Supremo a citar la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios (2013) ⁷. De esta forma recordaba, citando la Directiva, que la dificultad provenía del hecho de tener que comparar

² Del 17 de enero de 1997 al 18 de enero de 2011.

³ Con anterioridad al cártel de los camiones, los juzgados de lo mercantil españoles se han pronunciado sobre acciones relativas al cártel de los seguros decenales de la construcción -sancionado por la ANC el 12 de noviembre de 2009-, el cártel del azúcar -sancionado por la ANC el 12 de septiembre de 2006-, el cártel de los sobres -sancionado por la ANC el 25 de marzo de 2013-, el cártel de concesionarios AUDI/SEAT/VOLKSWAGEN -sancionado por la ANC el 28 de mayo de 2005- (este cártel dio lugar a procedimientos derivados respecto de otras marcas y dio lugar a otras sanciones como la sanción de la ANC de 5 de marzo de 2015 -concesionarios OPEL-) y el cártel de la leche -sancionado por la ANC el 11 de julio de 2019-, así como otros muchos expedientes, como Conduit/Telefónica SJM 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70). Para un análisis de algunos de los casos más antiguos, véase HITCHINGS, Paul Private Enforcement in Spain en *Global Competition Litigation Review* 1/2010.

⁴ Sólo en el último año, las audiencias provinciales españolas han dictado más de 200 sentencias sobre el cártel de camiones. Fuente: estimación propia a partir de los datos facilitados por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

⁵ Sin embargo, el Tribunal Supremo español aún no se ha pronunciado al respecto, a diferencia de Alemania, donde el *Bundesgerichtshof* dictó la primera sentencia el 23 de septiembre de 2020. Al respecto, véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 23 de septiembre de 2020)”, *Revista de derecho mercantil*, N° 320, 2021 ISSN 0210-0797; y J.M.MACÍAS CASTAÑO/M.GÓMEZ GENE, *El cártel de los cambios ante el Tribunal Supremo alemán* <https://almacenederecho.org/el-cartel-de-los-camiones-ante-el-tribunal-supremo-aleman>.

⁶ STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013, (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5819)

⁷ Apenas unos meses antes (el 11 de junio de 2013), la Comisión Europea había publicado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños y perjuicios con arreglo al Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM(2013) 404, 11.6.2013

“la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la “situación hipotética contrafáctica”, es decir, la situación que se habría producido de no haberse producido la práctica ilícita”⁸. La mayor novedad la encontrábamos inmediatamente a continuación: “esta dificultad no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio”. De este modo, el Tribunal Supremo asumía la posición procompensación adoptada en la Propuesta de Directiva⁹.

6. No obstante, la Directiva 2014/104/UE establece que “el pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo” (13 y art. 3.3) y nuestro legislador ha reflejado tal norma en el artículo 72.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Cabe señalar que la Directiva refleja en cierto modo la doctrina del enriquecimiento injusto recogida por el TJUE en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. Recordemos que en *Courage* [2001], inmediatamente a continuación de afirmar los principios de efectividad y equivalencia, el Tribunal de Justicia recordaba que “el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios” (ap. 30). Más allá de que esta afirmación ha sido objeto de discusión, afirmar el principio de enriquecimiento injusto como límite a la acción de daños es cuanto menos disruptivo y su introducción en *Courage* [2001] se debía más a una traición del Tribunal de Justicia a sus propios antecedentes que a una posición dogmática bien fundada¹⁰.

7. Con todo, las críticas a la regulación y los precedentes jurisprudenciales no impiden considerar que la mayor potestad que tienen los jueces para estimar el daño, y que era asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, se ha puesto ahora en práctica con mayor intensidad.

8. No podemos decir que esta cuestión fuera evidente hasta ahora. El derecho español no contaba con una norma como la que actualmente contiene el artículo 76.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia introducida tras la transposición del artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE. La única norma estaba en el artículo 1902 del Código Civil de 1889. En relación con la regulación anterior a la transposición de la Directiva, un magistrado del Tribunal Supremo había señalado que “ante el silencio de nuestra legislación interna, habrá que aplicar la jurisprudencia sobre derecho de daños, y *adaptarla a la singularidad de estas acciones*, cuidando de que con ello no gamos imposible o extremadamente difícil la compensación del daño”¹¹.

9. El hecho de que no fuera evidente se debe a que la determinación del daño no es una operación lógico-matemática, sino lógico-jurídica. Y como tal, es necesario tener en cuenta los postulados

⁸ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños y perjuicios en virtud del Derecho nacional por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM(2013) 404, 11.6.2013 [último acceso 9/9/21] Disponible en línea en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

⁹ Procompensación no significa necesariamente sobrecompensación. La Directiva 2014/104/UE establece que “la compensación íntegra en virtud de la presente Directiva no debe dar lugar a una compensación excesiva” (13 y art. 3.3). La Directiva refleja en cierto modo la doctrina *del enriquecimiento injusto* establecida por el TJUE en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. No obstante, esta afirmación ha sido discutida por la doctrina y no es tan obvia como parece. Ver, G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch. 2019.

¹⁰ Ver, G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch. 2019. En concreto, puede verse el capítulo II, en el que se analiza como el TJUE acaba dándole la vuelta a su propia doctrina de forma que el enriquecimiento injusto (término que también es puesto en discusión) acaba no solo cumpliendo un papel contrario al que se le reconoció originalmente sino perdiendo cualquier valor normativo.

¹¹ VELA TORRES, Pedro. Experiencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación privada de la competencia. En: *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE: Directiva y propuesta de transposición* Dir. Juan Ignacio Ruiz Peris. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2016; 538 p. 64

lógico-normativos que subyacen al derecho de daños en el ámbito concreto en el que se va a aplicar¹². Aunque se ha pretendido una perfecta separación entre “disuasión” e “indemnización”, el propio TJUE en *Courage* [2001] reconoció que un sistema eficaz de acciones de daños y perjuicios puede “contribuir significativamente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”¹³.

10. Esta posición se admite claramente en la Comunicación de la CE sobre la cuantificación del daño antitrust¹⁴. De entrada, afirma lo que es un lugar común tanto de la doctrina europea como del propio legislador: indemnizar y disuadir son cosas distintas. La Comunicación afirma que mientras que el objetivo de las multas es la disuasión, el de las indemnizaciones por daños y perjuicios es la reparación del daño sufrido por una infracción. Sin embargo, inmediatamente después, y en consonancia con *Courage* [2001] reconoce que “las soluciones más eficaces para los consumidores y las empresas para obtener reparación tendrían también efectos beneficiosos *en términos de disuadir* de futuras infracciones y garantizar mayor observancia de esas norma”. Por tanto, el *private enforcement* no es absolutamente hermético a la función disuasoria. Ello no quiere decir, obviamente, que se tengan que asumir daños punitivos. Propuesta que, a pesar de encontrarse contenida en el Libro Verde, fue finalmente rechazada. Europa optaba, por tanto, por su propia construcción de un sistema de daños antitrust diferenciándose del sistema estadounidense.

11. En segundo lugar, el Tribunal Supremo recuerda otro lugar común en la cuantificación de los daños: la importancia del informe pericial. La importancia del informe pericial ha sido destacada reiteradamente por la doctrina¹⁵, como era de esperar. La importancia de los informes económicos en el cártel de camiones se ha puesto de manifiesto recientemente en la sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021¹⁶, en la que se admitió una nueva teoría de los daños en relación con los intercambios de información sobre los precios brutos de lista (aunque estos estén predeterminados), por lo que no puede excluirse *a priori* que fuera previsible un impacto en los precios, incluso cuando no se cumplen los criterios de *Airtours* [2002]¹⁷. Pendiente todavía de resolución definitiva, da buena cuenta de la importancia de los informes periciales en sede antitrust por las dificultades que la determinación del daño (tanto en sede de causalidad como de cuantificación). Cuestión, en todo caso, que resulta un *loci* del antitrust y, por ello, no resulta discutida tal afirmación.

12. Más complejo, sin embargo, es el estándar probatorio. En ausencia de norma comunitaria, corresponde a los Estados Miembros determinar el nivel probatorio adecuado y el grado de precisión exigible. El problema es que en un ámbito como el del Derecho de la Competencia, un enfoque basado en moldes clásicos, generalmente rígidos, podía llevar a la desestimación de la demanda. Un estándar

¹² Esto se analiza G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2019.

¹³ Asunto C-453/99. *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros* [2001] de 20 de septiembre. (ECLI:EU:C:2001:465). par. 27.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las acciones por daños y perjuicios basadas en la infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2013/C 167/07 [último acceso 9/9/21] disponible en línea en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=EN).

¹⁵ A modo de ejemplo, E. SANJUAN, ENRIQUE, La prueba sobre la cuantificación del daño en supuestos de defensa de la competencia. (Derecho español) (24 de junio de 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3201779>; SANJUAN, ENRIQUE, La Prueba sobre la Cuantificación del Daño en Supuestos de Defensa de la Competencia. (Derecho español) (24 de junio de 2018). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3201779>; Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (follow-on) en caso de cárteles: de la infracción (y sanción) a la compensación del daño. En “Determinación y cuantificación de daños y perjuicios en procesos de defensa de la competencia”. Cuadernos Digitales de Formación. Madrid: CGPJ, 2021. N° 12 - 2021.27 p.; F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, N°. 26, 2020. F. DIEZ ESTELLA, “Camiones, sobre de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios” / Fernando Díez Estella, *Anuario de la competencia*, Madrid. Thomson Reuters Civitas (2017), p. [215]-247 (pp. 19-28).

¹⁶ Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 (C/13/639718/HAZA17-1255 y otros; ECLI:NL:RBAMS:2021:2391)

¹⁷ T-342/99, *Airtours c. Comisión Europea* EU:T:2002:146.

probatorio excesivamente rígido que exija acreditar la cuantía concreta del daño puede suponer la desestimación de la demanda.

13. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que es necesario que el informe pericial del reclamante “formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”. Al mismo tiempo, establece que, si se ha determinado que la conducta ilícita ha generado un daño¹⁸, no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe del demandante sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada”. A falta de una cuantificación alternativa, el órgano jurisdiccional nacional no puede dar ningún valor al informe pericial del demandado.

14. Por último, el Tribunal Supremo prohíbe al juez de instancia recurrir a “soluciones salomónicas” ante las discrepancias de los informes periciales. En este sentido, el Tribunal Supremo advierte lo siguiente: “que el cálculo de las indemnizaciones haya de realizarse sobre hipótesis de situaciones fácticas no acaecidas realmente puede justificar una mayor flexibilidad en la estimación de los perjuicios por el juez. Pero no puede confundirse esta mayor flexibilidad con soluciones “salomónicas” carentes de la necesaria justificación”¹⁹.

15. En definitiva, el cálculo de los daños en el ámbito de la defensa de la competencia es una cuestión de vital importancia. Tanto es así, que las reglas tradicionales de la carga de la prueba y las normas probatorias mínimas deberían flexibilizarse en aras de una tutela judicial realmente efectiva. Una vez más, si se demuestra la existencia del daño, la compensación parece ser necesaria. No era necesaria ninguna transposición. Solo interpretar nuestras reglas tradicionales a la luz de los postulados político-normativos subyacentes a los daños antitrust.

III. Respuestas judiciales a la determinación del daño en el cártel de camiones

16. Según la información publicada, en junio de 2021, el 89% de las sentencias dictadas en segunda instancia habían considerado la existencia de un daño indemnizable y habían procedido a su cuantificación, aunque divergen en el sistema de cuantificación²⁰. Este porcentaje aumenta si consideramos sólo el período más reciente. Esto se debe a varias razones: una mayor calidad de los informes periciales económicos, la superación de problemas procesales (competencia internacional, legitimación, etc.), un cuerpo de sentencias cada vez más fundado que estima la existencia de un daño, etc. La existencia de un importante cuerpo de jueces especializados en materia mercantil y la multiplicidad de tribunales competentes²¹ ha propiciado un incesante y fructífero debate doctrinal y judicial sobre los efectos en el mercado del cártel de camiones. Por otro lado, no todas las sentencias se refieren a la inexistencia del

¹⁸ Existe una presunción tácita de que los cárteles causan un daño real, que se considera en las sentencias que están dictando los tribunales españoles como una “máxima de la experiencia”. Una presunción que hoy es una presunción legal *iuris tantum* tras la transposición al derecho español del artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/CE contenida en el artículo 76.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

¹⁹ En el caso concreto, la solución del juez de primera instancia había sido conceder el 50% de la cantidad solicitada ante la discrepancia con respecto a la valoración antes mencionada. SJPI 50 Madrid de 1 de marzo de 2010 (ROJ: SJPI 56/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:56).

²⁰ F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Más de 1.200 sentencias de instancia y más de 250 sentencias de apelación”; [último acceso 9/9/21] disponible en <https://almacendederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>.

²¹ No existe una atribución particular de competencia territorial, por lo que cualquier juzgado de lo mercantil de España (muchos de ellos cubiertos por magistrados especialistas) puede conocer de este tipo de demandas, dada la amplitud del foro que establece el artículo 7.2 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).

daño. De hecho, la mayoría de ellas se refieren a cuestiones procesales, o bien consideran que el daño existe pero el caso decae a la hora de cuantificarlo²². Hasta ahora, sólo una sentencia en primera instancia no ha considerado que el cártel de camiones haya causado ningún daño en forma de aumento neto de los precios. De hecho, esta sentencia va más allá al afirmar que “está científicamente establecido que no hubo tal daño”²³. No hay que olvidar que tal conclusión es el resultado del examen de las pruebas periciales aportadas al procedimiento²⁴.

17. De las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, la situación actual es la siguiente:

- a) La mayoría de ellos utilizan el sistema de estimación judicial. En cuanto al porcentaje del sobrecoste estimado, varía según las audiencias:
 - a. 5% Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Valencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.
 - b. 7% Coruña.²⁵
 - c. 8% Asturias.
 - d. 10% Alicante y Almería.
 - e. 15% Vizcaya.
- b) Aceptación íntegra de la cuantía reclamada, al considerar que el informe aportado por la actora reúne los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en la citada STS, Civil, de 7 de noviembre de 2013 (cártel del azúcar): Valladolid, Cáceres, Guipúzcoa, Álava.
- c) Estimación parcial de la cuantía propuesta por el demandante concediendo una indemnización de 2/3 de la cantidad solicitada debido a ciertas “debilidades” del informe pericial: Coruña.

IV. Breve análisis de las respuestas dadas por los Tribunales españoles: desde la aceptación del informe pericial del demandante hasta el recurso a la decisión judicial

1) estimación total de la suma reclamada

18. 4 Audiencias Provinciales²⁶ han estimado íntegramente la cuantía ofrecida al considerar que el informe aportado por la actora cumple los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo en la citada STS, Civil de 7 de noviembre de 2013 (cártel del azúcar). Por un lado, las sentencias reconocen que el informe de la actora formula una hipótesis razonable y técnicamente fundada, basada en datos verifica-

²² Que yo sepa, las tres primeras son SJM 1 Murcia de 27 de septiembre de 2018 (ROJ: SJM MU 3255/2018 - ECLI:ES:JMU:2018:3255), SJM 1 Zaragoza de 13 de diciembre de 2018 (ROJ: SJM Z 4752/2018 - ECLI:ES:JMZ:2018:4752), SJM 2 Valencia de 18 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 674/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:674).

²³ SJM 1 de Oviedo de 12 de abril de 2021 (ROJ: SJM O 3265/2021 - ECLI:ES:JMO:2021:3265). Posteriormente, este Tribunal dictó 4 sentencias el 19 de abril de 2021 con idéntico contenido. Estas sentencias fueron revocadas por la Audiencia Provincial de Oviedo mediante sentencia de 7 de octubre de 2021

²⁴ Pendiente de recurso.

²⁵ La Audiencia Provincial de Coruña ha dictado 2 sentencias el 4 de febrero de 2021 y el 22 de febrero de 2021. En la primera sentencia, acepta el cálculo de los daños de la demandante pero modera la cuantía en 1/3 dadas ciertas “debilidades” del informe pericial. En la segunda, admitiendo que el daño es mayor pero teniendo en cuenta la calidad del informe pericial del demandante y los hechos del caso, recurre a los medios de estimación judicial, fijando la indemnización en el 7% del precio neto. Ver SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21) y SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358).

²⁶ Valladolid , Cáceres, Guipúzcoa, Álava. Como muestra, SAP, Valladolid sección 3 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP VA 957/2021 - ECLI:ES:APVA:2021:957), SAP Cáceres, sección 1 de 08 de julio de 2021 (ROJ: SAP CC 680/2021 - ECLI:ES:APCC:2021:680), SAP, Guipúzcoa sección 2 de 15 de enero de 2021 (ROJ: SAP SS 1/2021 - ECLI:ES:APSS:2021:1) SAP, Álava sección 1 de 19 de mayo de 2021 (ROJ: SAP VI 492/2021 - ECLI:ES:APVI:2021:492).

bles y no erróneos. Por otro lado, se alega que la demandada se ha limitado a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada sin realizar una cuantificación alternativa mejor fundada.

2) estimación parcial del importe propuesto por el solicitante con una reducción de 1/3.

19. La SAP Coruña sección 4ª de 8 de febrero de 2021 acepta la cuantificación realizada por la actora y reduce la cuantía en 1/3²⁷. Como punto de partida, hay que señalar que el Juzgado considera que el informe aportado por la actora cumple en general con los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo (STS 7 de noviembre de 2013). No obstante, se considera que el informe pericial presenta ciertas debilidades e incertidumbres, por lo que procede moderar judicialmente la cuantía reclamada reduciéndola en 1/3. El informe de la actora había utilizado el método sincrónico de comparación considerando los precios brutos de lista y utilizando el mercado de camiones ligeros como mercado de referencia, así como un método diacrónico de verificación considerando los precios netos pagados durante la existencia del cártel y los pagados inmediatamente después de su finalización en 2011.

20. La sentencia señala las siguientes deficiencias principales (i) la no consideración adecuada de todos los factores que distinguen el mercado de camiones ligeros del mercado de camiones pesados y semipesados; (ii) la existencia de una relación indirecta, y no directa, entre los precios brutos y netos en cada momento de la duración del cártel, lo que significa que los aumentos de los precios brutos no pueden extrapolarse automáticamente a los precios netos²⁸; (iii) los datos insuficientes y menos fiables en los que se basa el método diacrónico utilizado como mecanismo de verificación. Por todas estas razones, se estima un sobreprecio del 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005 (tras una reducción de 1/3)²⁹.

21. Este criterio no se mantiene posteriormente en la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021³⁰ en la que el tribunal opta por considerar la existencia de un recargo del 7% sobre el precio neto del camión adquirido. La Audiencia Provincial admite que el recargo real puede ser mayor debido a su sentencia anterior³¹. Sin embargo, señala el motivo por el que se aparta del recargo anterior fijado: los hechos del caso concreto y el nivel del informe pericial presentado, que difiere sustancialmente del que se tuvo en cuenta en la sentencia de 8 de febrero de 2021. En este caso, se eligió y adquirió un camión semipesado para servicios auxiliares de una pequeña empresa de carpintería. Este mercado concreto, aunque cartelizado, es en cierta medida sustituible por camiones ligeros que no están cartelizados. La Audiencia considera que en este segmento el recargo de los cárteles “el sobreprecio que es efecto del cártel no será tan significativo como en el de los camiones pesados o en el los semipesados concebidos para otra clase de servicios”. Así, la Audiencia Provincial reconoce que el sobreprecio es superior al 7% pero establece un porcentaje estimado “moderado” por la posible competencia en el segmento concreto del camión adquirido por la entidad demandante.

22. Se trata de decisiones que dependen en gran medida de cada caso.

²⁷ SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21)

²⁸ Esta es, en efecto, una de las cuestiones más interesantes del cártel de camiones y ha sido tratada en profundidad por la decisión del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 (C/13/639718 / HAZA 17-1255 y otros; ECLI:NL:RBAMS:2021:2391) sobre la base del informe presentado por Harrington et. al. Este informe no ha sido publicado pero se basa en el estudio HARRINGTON Jr, JOSEPH E., *The Anticompetitiveness of Sharing Prices* (20 de septiembre de 2020). [último acceso 9/9/21] Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3621073> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3621073>

²⁹ Los precios calculados por el informe fueron: 2003 -19,48%; 2004- 20,99%; 2005- 22,47%.

³⁰ SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358).

³¹ Según el método sincrónico, el sobrecoste medio fue del 16,35% y según el método diacrónico, del 18,67%. Esto duplica ampliamente el perjuicio estimado judicialmente.

3) Estimación judicial de los daños

23. Los tribunales españoles han venido señalando con carácter general y salvo algunas excepciones que el remedio de estimación judicial no puede reconocerse con base al art. 17.2 Directiva 2014/104/UE. La Directiva entró en vigor el 25 de diciembre de 2014 y el plazo de transposición era el 27.12.2016. Dado que el efecto indirecto de la Directiva sólo se produciría “a partir de la expiración del plazo de adaptación”³² se entiende que el recurso de estimación judicial debe basarse en la legislación nacional previa, dado que los hechos se produjeron antes de la transposición de la Directiva ³³.

24. En cualquier caso, los tribunales españoles han considerado generalmente que la vía de la estimación judicial es posible sobre la base de la doctrina *ex re ipsa*, aceptada por el Tribunal Supremo en materias afines como la competencia desleal, que permite presumir el daño en el caso de que se considere consustancial al acto ilícito. No todas las sentencias se refieren abiertamente a este principio, pero en general se acepta como justificación suficiente ³⁴. En cualquier caso, se trata de garantizar la efectividad del Derecho comunitario evitando que una aplicación estricta de los moldes clásicos del Derecho civil nacional (art. 1902 CC) impida la reparación del daño. Un ejemplo de esfuerzo argumentativo importante lo encontramos en la SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 ³⁵.

25. En cuanto a la estimación en sí, los porcentajes varían entre el 5% y el 15%.

26. El origen de la estimación judicial del daño en un 5% del sobreprecio parece encontrarse en la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019³⁶. Este porcentaje se ha reproducido sistemáticamente en multitud de sentencias, observándose cierta “path dependence” ³⁷.

27. El Juzgado de lo Mercantil valenciano tomó como punto de referencia el sobreprecio medio encontrado en el informe³⁸ de Oxera , que estimaba que el 93% de los cárteles analizados en la muestra fijaban su sobreprecio al menos en un umbral entre el 0% y el 10%, con un margen de error estadístico del 5%. Se entiende que el 5% es una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

28. Aunque la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso. Sin embargo, la Audiencia Provincial recuerda que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, había señalado que no debían utilizarse “soluciones salomónicas” ³⁹. Por ello, se utilizan otros criterios, como son: el nivel de sobreprecio reclamado ante los tribunales alemanes⁴⁰ , la naturaleza del cártel dado que el intercambio es de precios

³² Asunto C-212/04 Adeneler [2006] ECR I-6057 (ECLI:EU:C:2006:443). Par. 115

³³ Esta cuestión ha sido planteada al TJUE por la Audiencia Provincial de León. C-267/20 - Volvo y DAF Trucks. El 28/10/2021, el Abogado General Sr. Rantos presentó sus conclusiones sobre el caso.

³⁴ SAP , Pontevedra Civil sección 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134), SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152).

³⁵ SAP Valencia, sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152)

³⁶ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34)

³⁷ El profesor F. MARCOS FERNÁNDEZ, lo denomina “efecto de anclaje” en *Más de 1.200 sentencias de instancia y más de 250 sentencias de apelación* <https://almacenederecho.org/estadisticas-sobre-acciones-de-danos-causados-por-el-cartel-de-fabricantes-de-camiones>.

³⁸ Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. Hacia una orientación no vinculante para los tribunales. Estudio elaborado para la Comisión Europea. Informe Oxera 2009. http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/actionsdamages/quantification_study.pdf

³⁹ SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152)

⁴⁰ En Alemania se reclama entre el 4,76% y el 9% del precio de compra del camión, y se concede entre el 7% y el 9%, aunque no se indica la fuente.

brutos y no netos, el carácter cíclico del mercado, la heterogeneidad del producto final y las políticas de descuento. Parece que la lista es meramente ilustrativa. El resultado final es que la cantidad fija del 5% es proporcional. Por lo tanto, no cambia nada más que el razonamiento.

29. A partir de aquí, otros tribunales se han limitado a aceptar esta cantidad como igualmente proporcionada⁴¹. Las razones las explica la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴²: no se trata de prescindir de la prueba, sino de cuantificar el daño en casos de insuficiencia probatoria. Y para ello recurre a los criterios “contenidos en resoluciones públicas, conocidas por la comunidad jurídica”, lo que es un método de razonamiento judicial perfectamente válido. En definitiva, se opta por un criterio continuista en aras de la seguridad jurídica, evitando una gran disparidad de criterios decisorios.

30. Algunos tribunales han optado por porcentajes superiores⁴³. La Audiencia Provincial de Alicante reconoce que se aparta voluntariamente del criterio mayoritario y fija el 10%. La Audiencia tiene en cuenta los parámetros del estudio de Oxera (en una lectura menos conservadora que la de la línea mayoritaria), la duración de la infracción, la naturaleza de la misma y su incidencia en los precios⁴⁴.

31. Finalmente, la Audiencia Provincial de Vizcaya, confirmando el criterio del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, considera razonable el 15%. Respecto de los criterios tenidos en consideración se dice que se tienen que tener en consideración las circunstancias de la infracción y la duración en el tiempo⁴⁵.

32. El Juzgado de lo mercantil había considerado nuevamente el informe Oxera y la Guía práctica de la Comisión Europea⁴⁶. Sin embargo, escapa de una posición excesivamente conservadora al situar el cártel en el segmento inferior. Se tienen en cuenta la media del sobrecoste considerado en aquellas resoluciones, que alcanza el 20%. Considera en este sentido, que, si bien el 90% de los carteles causan entre un 0 y un 10% de sobrecoste, la mayoría (el 35%) aplican un sobrecoste de entre el 10% y el 20%.

33. La sentencia de la Audiencia Provincial cuenta con un voto particular discrepante en el que se considera que el Tribunal debería haber valorado el sobreprecio en un 5% en línea con las Audiencias Provinciales de Valencia y Pontevedra.

V. La estimación judicial como sistema de daño mínimo

34. Para nuestro análisis, partiremos de algunas sentencias ya mencionadas: La SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021⁴⁷ y la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021⁴⁸; la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020⁴⁹; la SAP Pontevedra, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021⁵⁰; la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019⁵¹; y la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019⁵².

⁴¹ Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.

⁴² SAP, Pontevedra Sección Civil 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134)

⁴³ SAP, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP O 2013/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2013)

⁴⁴ SAP, Sección Civil 8 de 15 de octubre de 2020 (ROJ: SAP A 3024/2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024)

⁴⁵ SAP, Sección Civil 4 de 04 de junio de 2020 (ROJ: SAP BI 265/2020 - ECLI:ES:APBI:2020:265)

⁴⁶ OXERA. *Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia Hacia una orientación no vinculante para los tribunales Estudio preparado para la Comisión Europea* [Último acceso 9/9/21] disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html

⁴⁷ La SAP Coruña sección 4 de 8 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 21/2021 - ECLI:ES:APC:2021:21)

⁴⁸ la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021 (ROJ: SAP C 358/2021 - ECLI:ES:APC:2021:358),

⁴⁹ SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2084/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2084)

⁵⁰ la SAP Pontevedra, Sección Civil 1 de 06 de julio de 2021 (ROJ: SAP O 2013/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2013)

⁵¹ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34)

⁵² la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152).

35. En la SAP Coruña sección 4 de 22 de febrero de 2021, la Audiencia Provincial estimaba la existencia de un daño pero lo fijaba en el 7% frente a la sentencia anterior de 8 de febrero de 2021 en la que había llegado a estimar la existencia de un daño que alcanzaba el 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005. En el caso concreto de la sentencia de 22 de febrero de 2021, la actora había adquirido el vehículo mediante un leasing financiero en 2004 ejerciendo la opción de compra en el año 2006.

36. Cabe, sin embargo, analizar el razonamiento de la Audiencia Provincial. En primer lugar, citando la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020⁵³, establece los motivos para recurrir a la “estimación judicial”. No procederá en los siguientes casos: i) en caso de falta absoluta de pruebas; ii) en caso de omisión flagrante de las reglas de distribución de la carga de la prueba. Señala en este caso, que, la posición del demandante también debe ser considerada, sobre la base de “las exigencias del principio de efectividad y el esfuerzo probatorio que una pequeña empresa perjudicada ha podido razonablemente desplegar”. La demandante, considera el Tribunal, se encuentra en una clara posición de asimetría de información frente a los cartelistas.

37. Parece que el Tribunal reconoce que, efectivamente, hay una falta de pruebas: el informe pericial aportado por la demandante se limitó a describir detalladamente las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños, sin utilizar ninguna de ellas. Simplemente se basó en la estadística sobre el recargo de los cárteles.

38. La sentencia contiene algunas pistas de por qué se concedió la indemnización, aunque no se aplicó ningún método de cuantificación. No debemos olvidar que el demandante era una pequeña empresa con recursos limitados para litigar contra un cartelista. Tampoco debemos obviar la fuerza persuasiva del principio de efectividad comunitaria, reiterado en varias ocasiones por el Tribunal. Las circunstancias específicas de la demandante (una pequeña empresa de carpintería) exigen que el estándar de prueba sea considerado a través del prisma del principio de efectividad y, en tales circunstancias, el Tribunal tiene que proceder a calcular los daños a través de la estimación.

39. El problema, sin embargo, radica en el empleo que se hace por parte del tribunal del mecanismo de estimación judicial. Porque, en principio, el mecanismo de estimación judicial debe conllevar la estimación del perjuicio pleno o, lo que es lo mismo, la estimación del perjuicio total. Ello no pasa desapercibido para el Tribunal que tiene que justificar la razón por la que en el caso concreto va a estimar el perjuicio sufrido en un sobreprecio del 7% cuando en una sentencia dictada menos de 20 días antes, considera acreditado que el perjuicio era del 12,98% para 2003, del 13,99% para 2004 y del 14,98% para 2005. En este sentido, considerando el año 2004, el tribunal rebajaba el sobreprecio en un 50%.

40. El propio Tribunal comienza admitiendo que “es probable que el sobreprecio real sea superior, porque de hecho en mayor porcentaje lo hemos fijado en otro litigio sobre la base de una prueba pericial ajustada a métodos comparativos que consideramos aceptable y convincente”. Esto es, que en el anterior pleito, el demandante había alcanzando el estándar probatorio exigible y, por ello, se había estimado el precio propuesto, si bien es cierto que reducido en 1/3 dadas las debilidades que se apreciaban. Sin embargo, inmediatamente a continuación, el propio Tribunal plantea que no cabe descartar que el precio no pueda ser, en el caso concreto, inferior. El camión objeto de controversia era un camión semipesado, adquirido para servicios auxiliares de una pequeña empresa de carpintería metálica, contexto y utilidad en los que es concebible un mayor grado de intercambiabilidad con camiones ligeros no cartelizados y es, por lo tanto, razonable deducir que en este subsegmento el sobreprecio que es efecto del cártel no será tan significativo como en el de los camiones pesados o en el los semipesados concebidos para otra clase de servicios. En definitiva, se tenía en cuenta que el mercado concreto, a pesar de estar

⁵³ la SAP Pontevedra, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2084/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2084).

cartelizado, no presentaba diferencias respecto del mercado valorado en el caso anterior, de ahí que el nivel de sobreprecio podría oscilar.

41. Con todo, es claro que la Audiencia Provincial enfrenta numerosas dificultades para estimar el daño. En primer lugar, decide que procede acudir a la estimación judicial, cuando el demandante lo que ha aportado es un informe pericial que se limitaba a realizar una estadística sobre el recargo de los cárteles, describiendo las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños, pero sin utilizar ninguna. No se considera por el tribunal que estemos ante un supuesto de “absoluta” insuficiencia probatoria, sino de insuficiencia probatoria “relativa” al haberse aportado, al menos, un informe pericial. Por otra parte, es una insuficiencia probatoria que atiende al caso concreto. A las asimetrías que existen en cuanto a la demandante que era una “pequeña empresa perjudicada”. No obstante, tal cuestión resulta discutible. Máxime cuando el cártel de camiones, dada la experiencia acumulada que tenemos en España, ha afectado principalmente a PYMEs y autónomos. Es decir, que, a priori, todas ellas se encuentran en la misma posición de partida contra los cartelistas. La diferencia se encuentra en los recursos empleados para interponer las demandas concretas, cuestión que es difícilmente valorable por los juzgados.

42. Por tanto, es difícil explicar tanto en qué casos procede la estimación judicial dado que en el presente, a la vista del nivel de *expertise* del informe pericial de la actora, parece que podría hablarse de un supuesto de manifiesta insuficiencia probatoria. Por otro lado, es igualmente difícil entender la razón por la que el sobreprecio se establece en el 7%, lo que supone una rebaja del 50% respecto del sobreprecio calculado en un pleito anterior para el mismo año.

43. Conjurando tales dificultades parece que la Audiencia Provincial asume una posición pro-compensatoria clara. Para la Audiencia Provincial no existen dudas de que el cartel ha causado daños. Por tanto, el hecho de que exista una insuficiencia probatoria por la parte actora no debe conllevar la desestimación de la demanda sino que debe facultar a la estimación judicial. Ahora bien, acude finalmente a una solución de compromiso a modo de daño mínimo del cártel. Ante el hecho de que el cartel ha causado un daño, de que en un pleito anterior la propia audiencia ha fijado el daño en el 13,99%, y que el demandante no ha desplegado una actividad probatoria suficiente, decide reconocerlo en un 7%.

44. La SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019⁵⁴, se enfrenta igualmente a la insuficiencia probatoria de un informe que no había calculado el daño conforme a ninguna de las metodologías propuestas por la Guía práctica de la CE sobre el cálculo de los daños.

45. La fijación del daño discurre por un camino distinto al de la Audiencia Provincial de A Coruña. El Juzgado de lo Mercantil valenciano tomó como punto de referencia el sobreprecio medio encontrado en el informe de Oxera⁵⁵, que estimaba que el 93% de los cárteles analizados en la muestra fijaban su sobreprecio al menos en un umbral entre el 0% y el 10%⁵⁶. Se entiende que el 5% es una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

46. Si acudimos al informe Oxera⁵⁷, observamos que partiendo de los estudios realizados (principalmente Connor y Lande) se admite que el 93% presenta un sobreprecio superior a 0, lo que quiere

⁵⁴ SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019 (ROJ: SJM V 34/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:34). Ya citada anteriormente, recordemos que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, pero el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso

⁵⁵ Cuantificación de los daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. Hacia una orientación no vinculante para los tribunales. Estudio elaborado para la Comisión Europea. Informe Oxera 2009. http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/actionsdamages/quantification_study.pdf

⁵⁶ El margen de error estadístico es del 5%.

⁵⁷ Ibid. Pág. 109.

decir que las evidencias existentes permiten afirmar que la gran mayoría de los cárteles causan daño. De ahí, entre otras, que la Directiva optase por una presunción de daño en los casos de cártel pues la posibilidad de obtener un falso positivo es reducida.

47. La fijación del 5% puede resultar controvertida. El estudio Oxera segmenta el sobreprecio de los cárteles en tramos de un 10%. En este sentido, el 93% de los cárteles que causan daño cubren al menos el primer nivel o segmento de sobreprecio. Sin embargo, también es cierto que la mayoría de los cárteles causan un sobreprecio superior al 10%. De hecho, Oxera calcula una mediana del 18% de sobreprecio y un sobreprecio medio del 20% muy similar por tanto al 18% y el 23% considerado respectivamente por Connor y Lande. Al mismo tiempo se advierte de variables tales como el carácter internacional o nacional de los cárteles (el sobreprecio medio sería mayor en los internacionales que en los nacionales -del 36% al 16%-), la región afectada (los cárteles europeos habían presentado un sobreprecio mayor al resto de cárteles) y tipo de cártel.

48. Por tanto, si partimos del hecho de que estamos ante un cártel internacional y europeo de fijación de los precios brutos de lista, parece que, estadísticamente, y sin realizar mayores consideraciones (lo que no excluimos que sea necesario), podría defenderse que el sobreprecio puede ser mayor al 5%.

49. Ahora bien, la SJM 3 Valencia de 20 de febrero de 2019, era absolutamente honesta. Señalaba que el cálculo se realizaba de forma conservadora. Y es cierto que, al menos estadísticamente, puede afirmarse que la mayoría de los cárteles, causan al menos un sobreprecio del 5%. Para el juzgado, ello resultaba en una “medida de compromiso entre los umbrales de sobreprecio mínimos y máximos que intervienen como común denominador del 93% de los cárteles que aplican sobreprecios”.

50. En definitiva, aunque mediante dos expedientes diferentes, la Audiencia Provincial de A Coruña y el Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia, parece que alcanzaban una solución de compromiso, ante la evidencia de que el cártel ha causado un sobreprecio pero el demandante no había alcanzado los mínimos probatorios exigibles para acreditar el daño sufrido.

51. Aunque la sentencia del Juzgado de lo Mercantil valenciano de primera instancia de 20 de febrero de 2019 fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación, el criterio del 5% de sobreprecio fue confirmado posteriormente en otro caso.

52. En la SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019⁵⁸, la Audiencia Provincial conoce del recurso contra la SJM, Mercantil 1 de 23 de abril de 2019⁵⁹ que había asumido íntegramente la estimación judicial del daño realizado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia antes comentada. La Audiencia Provincial, sin embargo, discrepa de la metodología. En primer lugar, advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha advertido “que no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”. Mas allá de que nos encontramos ante una materia afectada por el Derecho de la Unión, cabría preguntarse si es admisible la traslación sin más de dicha doctrina a la valoración del daño en los supuestos antitrust. De hecho, de la Directiva y del tenor de la Ley de Defensa de la Competencia no parece que pueda llegarse a tal conclusión. En segundo lugar, acude al sobreprecio medio que se ha reclamado ante los tribunales alemanes, considerando que se han venido concediendo cantidades entre el 7% y el 9%. Sin embargo, señala que, en la medida en que “no procede la equiparación” (siguiendo la doctrina jurisprudencial antes expuesta), “la consecuencia es la fijación de una cantidad inferior a las máximas identificadas en esos procesos”. Por tanto, partiendo de que el daño apreciado por los tribunales alemanes es de entre el 7% y el 9%, y toda vez que no se puede equiparar el daño estimado judicialmente al que se podría haber logrado mediante una pericial correctamente planteada, debe concederse una cantidad inferior.

⁵⁸ SAP, Valencia sección 9 de 16 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP V 4152/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4152),

⁵⁹ SJM, Mercantil 1 de 23 de abril de 2019 (ROJ: SJM V 549/2019 - ECLI:ES:JMV:2019:549)

Dicha cantidad inferior se fija en el 5%. A continuación, para evitar caer en soluciones salomónicas, se establecen 4 criterios que han sido considerados por el tribunal para considerar que el porcentaje del 5% es correcto.

53. Es evidente que el razonamiento plantea numerosos interrogantes. Por ejemplo, cabe preguntarse por qué se acude al sobreprecio medio solicitado ante los Tribunales alemanes y se descarta el concedido por los españoles, significativamente superior. La cuestión no es baladí y plantea problemas importantes de prueba, en los que no ahondaremos, pero en definitiva, se está dando por válido el porcentaje solicitado ante los tribunales de otro Estado miembro, cuando ni siquiera en sede de declaración de infracción, la sentencia misma del tribunal tendrían efecto vinculante⁶⁰.

54. A continuación, se señalan toda una serie de elementos que se han tenido en cuenta para evitar que la fijación del 5% pueda considerarse salomónica. No obstante no se explicita la ponderación del efecto que, en el cálculo del daño, cada uno de ellos representa. Se habla así, sin mayores aditamentos, de que se han tenido en cuenta criterios como la naturaleza del cártel (el intercambio es de precios brutos y no netos), el carácter cíclico del mercado, la heterogeneidad del producto final y las políticas de descuento. Nada dice sobre otros factores que podrían haber igualmente entrado en liza como: la duración del cártel (14 años), el año de compra del camión en concreto en relación con la duración del cártel, el ámbito nacional o internacional del cártel, el carácter oligopolístico del cártel de los camiones, etc.

55. Sin embargo, el resultado final es que la cantidad fija del 5% es proporcionada al caso concreto.

56. Es cierto que el mismo resultado puede obtenerse por diferentes caminos argumentativos. Como debate dialéctico dialógico que el Derecho es, la técnica de la argumentación permite que el mismo resultado pueda obtenerse con distintas ponderaciones. La propia Audiencia Provincial advertía la falla mayor que encontraba en el razonamiento de los tribunales de instancia: huérfano de justificación, el 5% era una decisión salomónica. O, al menos, así lo creía la Audiencia Provincial de Valencia.

57. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia ofrece matices importantes que debemos tener en cuenta. Así, mientras que al fijar criterios de valoración que han sido tenidos en cuenta parece que la Audiencia Provincial se sitúa en un esquema de “restitución íntegra” del daño, no es así. La Audiencia Provincial no pretende reparar íntegramente el daño sufrido por la víctima. En efecto, tal posición es rechazada de partida al asumir, conforme a cierta jurisprudencia, que el daño estimado judicialmente nunca puede ser el daño que se hubiera obtenido mediante una ordenada pericial. Esto es, ante un supuesto de insuficiencia probatoria, el daño concedido no puede ser el mismo que aquel que se hubiera podido acreditar si se hubieran alcanzado los mínimos estándares probatorios. Ello supone que el tribunal sabe que el daño puede ser mayor. En definitiva, se encontraba la Audiencia Provincial de Valencia en la misma posición que la Audiencia Provincial de Coruña en la sentencia de 22 de febrero de 2021. Y es por ello, por lo que fija el daño en lo que parece que la Audiencia considera el mínimo posible, el 5%.

58. A partir de ahí, como explicábamos con anterioridad, puede observarse cierta *path dependence* respecto del criterio del 5% puesto que otros tribunales se han limitado a aceptar esta cantidad como igualmente proporcionada⁶¹. Las razones las explicaba la Audiencia Provincial de Pontevedra en su sentencia de 19 de noviembre de 2020⁶²: no se trata de prescindir de la prueba, sino de cuantificar el

⁶⁰ En efecto, el artículo 75.2 LDC establece que “en aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de [un] órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario”.

⁶¹ Álava, Córdoba, Soria, Palencia, Pontevedra, Zaragoza, Zamora, Barcelona, Jaén, Girona y Murcia.

⁶² SAP, Pontevedra Sección Civil 1 de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: SAP PO 2134/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:2134)

daño en casos de insuficiencia probatoria. Y para ello recurre a los criterios “contenidos en resoluciones públicas, conocidas por la comunidad jurídica”. No obstante lo anterior, dado que los informes periciales aportados a los diferentes procedimientos no son los mismos ni la metodología empleada idéntica, llama la atención que el cálculo del daño coincida: el 5%.

59. La razón la explica, nuevamente, la AP de Pontevedra: “el criterio de la estimación judicial del daño opera ante la insuficiencia de atender con la intensidad suficiente la carga probatoria por parte de quien reclama la indemnización, lo que justifica de nuevo que nos situemos en el mínimo de la horquilla aludida”.

60. Por tanto, en estos casos el estimación judicial reconoce un mecanismo indemnizatorio de “daño mínimo”. Dicho mecanismo se activaría en los supuestos de insuficiencia probatoria, pero no de ausencia absoluta de pruebas. En definitiva, en aquellos supuestos en los que el demandante no ha presentado un informe pericial que aporte una hipótesis fundada y razonable en palabras del Tribunal Supremo en su STS, Sala 1ª, de 7 de noviembre de 2013.

61. Por tanto, la línea abierta por algunas Audiencias Provinciales, sigue el esquema de la estimación judicial como daño mínimo en los casos en los que el demandante no ha alcanzado un mínimo estándar probatorio.

VI. Dos diferentes aproximaciones al daño: el daño mínimo vs el daño íntegro

62. Parece que es legítimo preguntarse cuándo procede acudir al mecanismo de estimación judicial del daño. En este sentido, caben, parece, dos opciones. La distinción no es baladí:

- 1) considerar que el sistema de estimación judicial del daño se activa en aquellos casos en los que la parte actora no ha podido fijar el daño dada la existencia de una insuficiencia probatoria, pero queda acreditado que el cártel ha causado algún tipo de daño.

63. Esta parece ser la línea seguida por Audiencias como A Coruña, Valencia y Pontevedra. Línea que lleva a una estimación judicial del “mínimo daño posible”.

- 2) considerar que el sistema de estimación judicial del daño se activa en aquellos casos en los que, a pesar del esfuerzo probatorio de la parte actora, el juez considere que es prácticamente imposible o excesivamente difícil la cuantificación del daño en el caso del cártel concreto.

64. En este caso, el recurso a la estimación judicial se producirá solo en aquellos casos en los que, de la práctica de la prueba, haya quedado acreditado la práctica imposibilidad o excesiva dificultad de cuantificar el daño. No se trata simplemente de que nos encontremos ante un cártel. Como se reconoce abiertamente por la Guía de la Comisión, determinar con precisión el daño es imposible dado que debemos recrear una “situación hipotética contrafáctica” lo que, por definición, supone que no podemos recrear con exactitud que hubiera pasado en ausencia de cartel. Esta línea parece quedar apuntada, por ejemplo, por la SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020⁶³.

65. El punto de partida es conocido: “más allá de una media lo propio en derecho de daños es la individualización del perjuicio en el caso concreto”. Ahora bien, “a la vista de las dificultades de soslayar la falta de información certera”, el Tribunal entiende justificado recurrir a la estimación judicial del daño, “cuando la falta de prueba es tan evidente”. Atendiendo al caso concreto, la Audiencia señala que “tanto la parte actora como la demandada han hecho sin duda un esfuerzo notorio en presentar un infor-

⁶³ SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024; ROJ: SAP A 3024/2020

me pericial complejo que en origen ya resultaba probablemente incapaz de aportar unas conclusiones que fueran aceptables”.

66. Y de forma relevante, la conclusión no es ya el 5%, ni el 7%, sino un 10%, porcentaje ciertamente significativo.

67. Tras recordar que los diferentes estudios manejados por Oxera señalan un sobreprecio medio del 20%⁶⁴, el tribunal intenta valorar estimativamente el daño del caso concreto. Y así señala que el 10% es proporcionado “atendidos los parámetros del estudio Oxera, la duración de la infracción -catorce años-, la naturaleza de la infracción y su incidencia sobre los precios como resulta de la descripción de la evolución de esa subida de precios en relación al cártel [...] y, finalmente, así como que la adquisición se hace en un momento en el que está ya plenamente consolidado el cártel”.

68. La argumentación ha cambiado. No se trata ya de estimar el daño mínimo, sino el daño real causado por cártel. Se trata de acercarse aproximativamente al sobreprecio real. Nótese que el presupuesto del análisis de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia sigue incólume. Si la AP de Valencia advertía “que no es posible equipar la cuantificación judicial con la equivalente que resultaría de una prueba pericial correctamente planteada”, en el presente caso no es posible equiparación alguna puesto que ni siquiera una prueba pericial correctamente planteada hubiera podido determinar el daño causado con cierta precisión. La situación hipotética contrafáctica es de muy difícil reproducción, por lo que solo cabe (acreditada la existencia de un cártel, presumido que el cártel ha causado un daño y que existe una relación de causalidad entre la conducta y el daño), proceder a una aproximación estimativa del daño.

69. La pregunta quizás, sería, por qué en este caso se aprecia el 10% y no un 20% en línea con la media de Oxera. La razón parece encontrarse en la naturaleza del cártel (pacto sobre los precios brutos de lista predeterminados y el incremento de precios netos). La propia Audiencia Provincial parece convalidar en cierto punto el informe de la parte demandada, rechazando la posición maximalista de la sentencia de instancia⁶⁵. La naturaleza de la infracción se identifica como uno de los elementos a tener en cuenta inmediatamente tras los parámetros del informe Oxera y la duración del cártel.

VII. La estimación judicial del daño: hacia una respuesta integrada

70. El considerando 46 de la Directiva 104/2014/UE llamaba la atención sobre las asimetrías de información y al “hecho de que cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado en cuestión de no haber sido por la infracción”. La comparación con la “situación hipotética contrafáctica” supone que la evaluación nunca va a ser precisa. Por lo tanto, señalaba la Directiva “debe garantizarse que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados para hacer una estimación del importe del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia”. Por su parte, el artículo 17 de la Directiva señalaba que “*los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles*”. En los mismos términos se pronuncia el artículo 76.2 LDC.

⁶⁴ El informe Oxera ya ha sido objeto de mención más pormenorizada, ut supra IV.

⁶⁵ “tanto la parte actora como la demandada han hecho sin duda un esfuerzo notorio en presentar un informe pericial complejo que en origen ya resultaba probablemente incapaz de aportar unas conclusiones que fueran aceptables, no pudiendo aceptarse el reproche que la Sentencia hace al informe de los demandados sobre la falta de valoración cuando en realidad, sí lo hace aunque para llegar a la conclusión de que no hay daño, en esencia, por desconexión entre el precio bruto y el precio final al anteponerse entre ambos un mercado en el que descuentos y márgenes son lo suficientemente amplios y variables por mercados regionales como para desvirtuar tal conexión”. SAP Alicante, Sección 8ª, a 15 de octubre de 2020 - ECLI:ES:APA:2020:3024; ROJ: SAP A 3024/2020.

71. Como señalábamos con anterioridad, los tribunales españoles han venido señalando con carácter general, y salvo algunas excepciones, que el remedio de estimación judicial no puede reconstruirse con base al art. 17.2 Directiva 2014/104/UE. La Directiva entró en vigor el 25 de diciembre de 2014 y el plazo de transposición era el 27.12.2016. Dado que el efecto indirecto de la Directiva sólo se produciría “a partir de la expiración del plazo de adaptación”⁶⁶ se entiende que el recurso de estimación judicial debe basarse en la legislación nacional previa, dado que los hechos se produjeron antes de la transposición de la Directiva⁶⁷. No obstante lo anterior, el recurso a la estimación judicial no parece ser objeto de discusión en la aplicación del 1902 CC en supuestos dificultosos de cálculo del daño. Más aún si el artículo 1902 CC se lee a partir del principio de efectividad del Derecho comunitario⁶⁸.

72. En cuanto a la referencia a las “pruebas disponibles”, no es necesariamente prueba practicada en el juicio. No tiene por qué vincularse necesariamente a la diligencia probatoria en el caso concreto. No se tiene por qué relacionar con un supuesto de insuficiencia probatoria del actor. También puede identificarse con el supuesto en el que, a pesar de haber realizado un gran desarrollo probatorio, el mismo, sin embargo, ha sido infructuoso, precisamente porque las pruebas disponibles, en abstracto, no permitirían acreditar el daño. En definitiva, el artículo 17 es un mandato al Estado-Juez para que, a pesar de que no sea posible la identificación del daño concreto, deba proceder a indemnizar⁶⁹. Y ello por cuanto el principio de efectividad no puede excluir la indemnización del daño por el hecho de que la cuantía exacta de este no haya sido constatada⁷⁰.

73. Ahora bien, cabe preguntarse si no cumplir con los estándares de prueba excluye igualmente el derecho a indemnización en aquellos casos en los que puede razonablemente pensarse que el cártel ha causado un daño y tal presunción no ha quedado desvirtuada. En este punto, considero necesario realizar una advertencia. La estimación judicial del daño no supone la invención del mismo. No se trata de que los órganos jurisdiccionales deban apreciar un daño siempre y en todo caso. La naturaleza de la infracción será determinante. La estimación judicial enfrenta al Estado-Juez con la extraordinaria dificultad de calcular un daño incalculable, en aquellos casos en los que la prueba practicada lleva a la conclusión de que el daño existe pero no ha podido ser acreditado. De ahí que la presunción de daño por cártel sea siempre una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* (17.2 Directiva y 76.3 LDC).

74. Para responder a tal cuestionamiento debemos recordar un aspecto fundamental: la cuantificación del perjuicio es competencia nacional.

75. Como señalaba la Comunicación de la Comisión sobre cuantificación del perjuicio de 2013: “el Derecho nacional determina además en qué medida y de qué manera están habilitados los órganos jurisdiccionales para cuantificar el perjuicio sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o recurrir a consideraciones de equidad. Todas estas normas y procedimientos nacionales que regulan la cuantificación del perjuicio deben establecerse y aplicarse en casos individuales de manera que permitan a las partes perjudicadas por infracciones a las normas de competencia de la UE obtener el pleno resarcimiento del daño sufrido sin dificultades desproporcionadas”⁷¹.

⁶⁶ Asunto C-212/04 Adeneler [2006] ECR I-6057 (ECLI:EU:C:2006:443). Par. 115

⁶⁷ Esta cuestión ha sido planteada al TJUE por la Audiencia Provincial de León. C-267/20 - Volvo y DAF Trucks. El 28/10/2021, el Abogado General Sr. Rantos presentó sus conclusiones sobre el caso.

⁶⁸ Es en definitiva lo que advierte el AG Rantos. *Ibid.*

⁶⁹ Sobre las obligaciones del Estado en la transposición de la Directiva de Daños, y la dualidad “Estado legislador” y “Estado juez” puede verse J.I. RUIZ PERIS, “Arbitrio judicial y cálculo del daño indemnizable en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia” en Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia, (Dir. J.I. Ruiz Peris), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

⁷⁰ STJUE Asunto T-437/10 GAP [2013] de 10 de mayo.

⁷¹ Ap. 2.2. pár. 8. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las acciones por daños y perjuicios basadas en la infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2013/C 167/07 [último acceso 9/9/21] disponible en línea en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013XC0613(04)&from=EN).

76. De la misma forma, el considerando 46 de la Directiva 2014/104/UE señala que “al no existir normas de la Unión sobre la cuantificación del perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, corresponde al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro determinar sus propias normas sobre la cuantificación del perjuicio y a los Estados miembros y a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar los requisitos que el demandante ha de cumplir a la hora de acreditar la cuantía del perjuicio sufrido, los métodos que pueden utilizarse para cuantificar el importe y las consecuencias de no poder respetar plenamente esos requisitos”⁷².

77. Y es en este punto donde parece que ambas posiciones pueden convivir plenamente puesto que la facultad de estimación judicial estaría operando en dos planos diferenciados.

78. Por un lado, aquellos supuestos en los que no se ha alcanzado el mínimo exigido para considerar superado el estándar probatorio pero, aun así, ha quedado acreditado que la infracción ha causado un daño. En este caso, el expediente de la estimación judicial deberá ir determinada a considerar cual es el daño mínimo causado por el cartel.

79. Por otro lado, aquellos casos en los que, a pesar de haberse cumplido con el estándar de prueba, no puede acreditarse el daño. Aquí, el expediente judicial de estimación del daño debe llevar a la determinación del daño real. La reparación íntegra debe considerar el daño pleno, esto es, se trata de una operación ponderativa donde el juez a la luz de todas las circunstancias de la infracción deberá determinar el porcentaje de sobreprecio real que el cartel haya podido causar.

80. Que un mismo expediente opere en planos diferentes tiene importantes consecuencias. Las dejamos simplemente apuntadas.

81. Comenzando por la sustantiva, ello supone que una misma infracción puede dar lugar a distintas respuestas judiciales y, por tanto, que no todos los perjudicados reciban la misma compensación. Deberá distinguirse entre: a) aquel que ha realizado un esfuerzo probatorio intenso, articulando una ordenada pericial, pero sin conseguir acreditar el daño por ser este de prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificación; b) aquel que no ha realizado dicho esfuerzo probatorio y, aun así, debe ser indemnizado al haber quedado acreditada la existencia de un daño.

82. Desde el punto de vista procesal, ha de tenerse en consideración a la parte que, a pesar de realizar un esfuerzo probatorio adecuado, se encuentra con la imposibilidad real de acreditar el daño, de aquel que ni siquiera ha llevado a cabo tal esfuerzo probatorio, que no ha alcanzado el estándar mínimo exigible.

83. Ello supone, por ejemplo, que en ambos casos la demanda será estimada. Sin embargo, en el primer caso parece que la estimación habrá de ser sustancial puesto que el demandante ha acreditado efectivamente el daño y ha superado el estándar probatorio exigible para acreditar el daño, no obstante ser infructuoso. Por el contrario, en el segundo la estimación parece que deberá ser parcial.

84. La integración de ambas soluciones parece que genera también eficiencias en la litigación puesto que evita los supuestos de *free riding*, evitando que el demandante perezoso no tenga una intención real de desplegar prueba suficiente en la expectativa de verse recompensado con la estimación plena del daño. Quien no alcance el mínimo estándar probatorio deberá verse abocado necesariamente a la indemnización de mínimos.

85. Finalmente, ambas posturas generan también eficiencias en la resolución. Es cierto que el Tribunal Supremo advirtió frente a las soluciones salomónicas en su STS de 7 de noviembre de 2013.

⁷² Considerando 46. Directiva 3014/104/UE. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Pero también es cierto que, en el caso concreto, la instancia se había limitado a conceder el 50% de la indemnización solicitada ante la dificultad que la misma encontraba para valorar el daño. No parece que tal expediente fuera en absoluto equivalente al del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, mucho más elaborado, que se limitó a expresar la razón por la que, a su juicio, el daño mínimo causado por el cártel era el 5%. Si de lo que se trata es de indemnizar el daño mínimo, no parece que deba exigirse una exigencia motivacional exhaustiva. A fin de cuentas, si algún daño ha sido causado, expedientes que simplifiquen (sin ser simplistas) el cálculo del daño, deberán ser bienvenidos, ahorrando los esfuerzos judiciales para aquellos casos más complejos.

VIII. Conclusiones

86. En España, la justificación del mecanismo de estimación judicial se encuentra, en general, en la legislación y jurisprudencia anteriores a la entrada en vigor de la Directiva. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de los tribunales por ofrecer una cierta imagen de continuidad, no se puede ocultar el intento judicial de reforzar los mecanismos de indemnización sobre la base del principio de efectividad, operación que sin duda es correcta de conformidad con los nuevos postulados del Derecho de la competencia.

87. Es cierto que existen criterios dispares, pero en su mayor parte, los tribunales han optado por ofrecer un criterio estable de indemnización del 5%. Es lógico que así sea. En un terreno resbaladizo y lleno de incertidumbre, los tribunales tienden a optar por una especie de *communis opinio*. Sin embargo, esto no ha impedido que algunos tribunales opten por criterios menos conservadores y ofrezcan razones para aumentar el importe de la indemnización.

88. Conviene recordar que no fijar el daño cuando se ha acreditado su existencia, es contrario al Derecho comunitario puesto que, en definitiva, dificulta en exceso el ejercicio del derecho a la indemnización reconocido en las sentencias *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006]. Ahora bien, ello no supone que todas las situaciones merezcan idéntica respuesta por parte de los tribunales.

89. Admitido que la cuantificación del perjuicio es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, debe distinguirse entre dos supuestos.

90. Por un lado, aquellos en los que no se ha alcanzado el mínimo exigido para considerar superado el estándar probatorio pero, aun así, ha quedado acreditado que la infracción ha causado un daño. En este caso, el expediente de la estimación judicial deberá ir determinada a considerar cual es el daño mínimo causado por el cartel.

91. Por otro lado, aquellos en los que a pesar de haberse cumplido con el estándar de prueba, no puede acreditarse el daño. Aquí, el expediente judicial de estimación del daño debe conllevar a la determinación del daño real. La reparación íntegra debe considerar el daño pleno, esto es, se trata de una operación ponderativa donde el juez a la luz de todas las circunstancias de la infracción deberá determinar el porcentaje de sobreprecio real que el cartel haya podido causar.

92. La distinción tiene importantes consecuencias. Más allá de la compatibilidad de distintos expedientes indemnizatorios en el mismo supuesto, se pueden generar eficiencias tanto en materia de litigación como de resolución judicial.

93. Las limitaciones del recurso de casación dificultan que el Tribunal Supremo establezca un porcentaje de aplicación general. Ahora bien, el posible alumbramiento de diferentes planos en los que opera el sistema de estimación judicial del daño sí que parece tener relevancia casacional. El Tribunal Supremo tendrá la última palabra.

COMMON RULES FOR THE INTERNAL MARKET IN NATURAL GAS AND THE PRINCIPLE OF ENERGY SOLIDARITY

REGLAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DEL GAS Y EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ENERGÉTICA

PIERALBERTO MENGOZZI

*Profesor titular de Derecho internacional
Universidad de Bolonia*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:11.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6691>

Abstract: The author (a) analyses the way in which first the General Court and then the Court of Justice, with reference to an appeal by Poland against a decision of the Commission concerning the energy sector, have ruled on the relationship between the general principle of solidarity and that of energy solidarity, (b) points out, in this respect, the reasons why the Court's ruling, despite the appearance resulting from a brief point of it, should be understood as meaning that the Commission's decision was incompatible with the principle of energy solidarity.

In addition to these observations, he points out that the Court, in its judgment, (a) concretely shared the opinion contained in the Advocate General's Opinion, according to which the legal effects of the fundamental or constitutional principles of the Union's legal system are intended to be understood "by those who must interpret them (ultimately the Court of Justice)" and (b) ruled out the possibility that the principle of energy solidarity constitutes an application of the principle of sincere cooperation, holding only that the former must be "read in conjunction" with the latter.

Keywords: general principle of solidarity, principle of energy solidarity, principle of sincere cooperation, fundamental and constitutional principles, the function of the Court of Justice as a court of last resort, binding positions of the Court of Justice.

Resumen: El autor (a) analiza la forma en que primero el Tribunal General y luego el Tribunal de Justicia, con referencia a un recurso de Polonia contra una decisión de la Comisión relativa al sector de la energía, se han pronunciado sobre la relación entre el principio general de solidaridad y el de la solidaridad energética, (b) señala, al respecto, las razones por las que la sentencia del Tribunal, a pesar de la apariencia resultante de un breve punto de la misma, debe entenderse en el sentido de que la decisión de la Comisión era incompatible con el principio de solidaridad energética.

Además de estas observaciones, señala que el Tribunal, en su sentencia, (a) compartió concretamente la opinión contenida en las conclusiones del Abogado General, según la cual los efectos jurídicos de los principios fundamentales o constitucionales del ordenamiento jurídico de la Unión están destinados ser entendidos "por quienes deben interpretarlos (en última instancia, el Tribunal de Justicia)" y (b) descartó la posibilidad de que el principio de solidaridad energética constituya una aplicación del principio de cooperación leal, sosteniendo únicamente que el primero debe ser "leer en conjunción" con este último.

Palabras clave: principio general de solidaridad, principio de solidaridad energética, principio de cooperación sincera, principios fundamentales y constitucionales, la función del Tribunal de Justicia como tribunal de última instancia, posiciones vinculantes del Tribunal de Justicia.

Summary: I. The Directives establishing common rules for the internal market in natural gas and the spirit of energy solidarity under Article 194 TFEU. II. The Commission Decision of 28 October 2016 and its challenge by Poland before the EU General Court. III. The General Court's limitation to the first ground for appeal: (a) the relationship between the Commission and the National Energy Regulatory Authorities. IV. (continued) (b) the alleged infringement of the contested decision with Article 194 TFEU and the principle of solidarity. V. The judgment of the General Court and Germany's challenge to it. VI. Preliminary observations on the Opinion delivered by Advocate General Campos Sánchez-Bordona. VII. (continued) the position taken in that Opinion. VIII. The judgment of the Court of Justice in the OPAL case and its reference to the general principle of solidarity. IX. The legal effects attributed by the Court to the principle of energy solidarity. X. The way in which the Court has come to attribute legal effects to the principle of energy solidarity. XI. The position taken by the Court on the relationship between the general principle of solidarity and the principle of energy solidarity, on the one hand, and the principle of loyal cooperation, on the other. XII. Conclusions.

I. The Directives establishing common rules for the internal market in natural gas and the spirit of energy solidarity under Article 194 TFEU

1. The European gas market was opened to competition and organised on the basis of common rules by Directive 98/30/EC¹. This was repealed by Directive 2003/55/EC², which was in turn repealed by Directive 2009/73/EC³, all relating to common rules for the internal market in natural gas, the first containing Articles 18 and 22, replaced in the second by Articles 32 and 36, identical to the first. Under the first Article (18, now 32) 'Member States shall ensure the implementation of a system of third-party access to transmission and distribution systems and LNG facilities based on published tariffs applicable to all eligible customers, including supply undertakings, and applied objectively and without discrimination between system users'. The second (22 become 36), for its part, provides for exemptions from third party access obligations applicable, under certain conditions and for a limited period, to new gas system infrastructures, i.e. interconnectors, LNG and storage facilities, in relation to significant investments made in such infrastructures. The granting of such exemptions is subject to certain conditions, including those set out in Article 36(1)(a), according to which the investment involved in these new infrastructures must increase competition and enhance the safety of approvals. The issuance of such authorisations is the responsibility of the national regulatory authorities which, upon receipt of a request, must adopt a decision on the matter and are required to notify the European Commission, which, within two months of receipt, may either confirm the request or adopt a decision requiring the regulatory authorities to amend or withdraw it⁴.

The Lisbon Treaty added to the above directives Article 194(1) TFEU, according to which the Union's energy policy aims, in a spirit of solidarity between Member States, to ensure the functioning of the energy market and the security of energy supply⁵.

¹ Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, *OJEU* L 204/1998, p. 1.

² Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC, *OJEU* L 176/2003, p. 57.

³ Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC, *OJEU* L 211/2009, p. 94.

⁴ On these authorities and on the control on them exercised by the European Agency for the Cooperation of National Regulators, see T.M. MOSCHETTA, *Commentary on Article 194 TFEU*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (eds.), *Commentary on the Treaties of the European Union*, Padua, 2014, p. 1119.

⁵ On those directives and on their purpose to realize the free access to the networks and to safeguard the energy supply of the EC/Union in line with the attention subsequently given by art. 194 TFEU to the values of the "solidarity among States" see, for all, M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Naples, 2011, p. 400; ID., *Commento all'art. 194 TFEU*, in A. TIZZANO (a cura), *Trattati dell'Unione Europea*, II ed. TIZZANO (ed.), Milano, 2014 p. 1651 ss.; ID., *Un nuovo tassello nel percorso di europeizzazione della disciplina sulle energie rinnovabili*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano - De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 554 ss. For a first interpretation of Article 194 TFEU by the Court of Justice see ECJ 6 September 2012 C-490/10, European Parliament v. Council, EU:C:2012:525. On it see T. MOSCHETTA, *Commentary on Art. 194 TFEU*, cit. p. 1117; M. ONIDA, *Commentary on art. 194 TFEU*, in C. CURTI GIALDINO (directed by), *Operational European Union Code*, Napoli, 2012, p. 1475.

II. The Commission Decision of 28 October 2016 and its challenge by Poland before the EU General Court

2. The OPAL pipeline consists of the underground western section of the Nord Stream pipeline, is primarily controlled by a Russian company and a company based in the Rhineland Palatinate region of Germany, and transports gas from Russian fields through the Baltic Sea into Germany, crossing it in a southerly direction to the Czech Republic, where its exit point is located. On 12 April 2013, OGT, Gazprom OAO and Gazprom Eksport LLC requested the German Regulatory Authority (Bundesnetzagentur - BNetzA) to amend a decision of 2009 which, on the basis of Directive 2003/55/EC, with reference to the significant investments made for the construction of that pipeline, exempted OPAL, for a period of 22 years, from its obligation to grant access to third parties up to the maximum limit of its exit capacity in Brandov (which could be booked by OPAL's own undertakings with a dominant position in the Czech Republic). This had the practical result that the remainder of OPAL's capacity remained unused⁶.

3. In their application, the three companies asked the German regulator, in view of the investments made to increase OPAL's cross-border transmission capacity, to allow it to maintain the exemption for 50 % of the interconnection capacity granted to the OPAL group in 2009; and specified that the remaining capacity would be allocated by means of transparent and non-discriminatory auctions and that OGT, Gazprom, Gazprom Export and affiliated companies would be able to participate in these auctions in order to purchase and use interconnection capacity on equal terms with third parties.

4. These requests, except for minor changes, were granted and then confirmed in a decision dated October 28, 2016 by the Commission⁷.

The consequence is that (a) companies other than Gazprom and Gazprom Export are de facto excluded from access to OPAL's interconnection capacity at the Brandov exit point allowing Gazprom and Gazprom Export to deliver almost twice the volume of gas to the Czech Republic compared to the volume delivered under the 2009 OPAL exemption⁸ and b) the transportation of Russian gas to the EU by the operators of the Yamal Europe (which runs through Belarus, enters the Baltic States, crosses Poland, enters Germany and continues onwards) and Brotherhood (which runs through Ukraine and Slovakia and enters the Czech Republic, from where the gas is then routed via connected pipelines to other Member States) will be significantly reduced⁹.

Poland has appealed against the Commission's decision before the General Court of the European Union.

III. The General Court's limitation to the first ground for appeal: (a) the relationship between the Commission and the National Energy Regulatory Authorities

5. As regards the grounds of appeal put forward by Poland, the General Court confined itself to ruling on the infringement, alleged by that country, of Article 36(1)(a) of Directive 2009/73/EC, considered in conjunction with Article 194(1)(b) TFEU and with the principle of solidarity¹⁰. It did not

⁶ On this point see M. SZYDLO, *Disputes Over the Pipelines Importing Russian Gas to the EU: How to Ensure Consistency in EU Energy Law and Policy?*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2018, no. 11, p. 102.

⁷ Commission Decision C(2016)6950 final of 28 October 2016 on the modification of the conditions for the exemption of the OPAL pipeline, granted under Directive 2003/55/EC from the application of third party access and tariff regulation requirements.

⁸ For a similar remark see D. BUSCHLE and K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, in *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, November 2019, no. 5, p. 3, according to which this will allow Gazprom to use 80 % of OPAL's transmission capacity.

⁹ See M. SZYDLO, *Disputes Over the Pipelines Importing Russian Gas to the EU: How to Ensure Consistency in EU Energy Law and Policy?*, cit., p. 104.

¹⁰ General Court 10 September 2019, T-883/16, *Republic of Poland v. European Commission*, EU:T:2019:567, paragraphs 49 and 86. On the impact on the subject regime attributed by the legal literature to the principle of solidarity see Y. PETIT, *La*

consider it necessary to rule on the other pleas, since the contested decision was annulled on the basis of the first plea.

6. By the first part of the first plea in law, Poland relies on the second condition of Article 36(1)(a) of Directive 2009/73/EC, according to which new major gas system infrastructures may, upon request and for a defined period of time, be the subject of a derogation to the third-party access provisions on condition that the investment relating thereto strengthens ‘competition in gas deliveries and security of supply’. In Poland’s view, the Commission’s decision of 28 October 2016 was unlawful in so far as it provided for a new derogation from third-party access without taking care that it complied with the condition required for that derogation. The General Court was not of the same opinion because the contested decision did not amend the initial decision. That is because, as stated in paragraph 1, it is the national regulatory authority that decides on the derogation in Article 36 of Directive 2009/73/EC. It is in line with this that BNetzA adopted the 2009 derogation decision and in 2016 amended the conditions to which BNetzA itself had made it subject by concluding a public law contract with OGT. The General Court found that, in both cases, the Commission confined itself to exercising the control conferred on it by the third subparagraph of Article 22(3) of Directive 2003/55/EC and then by Article 36(9) of Directive 2009/73/EC, by requiring BNetzA to make amendments to its decisions. The initial decision and the contested decision thus constituted two independent decisions and each of them ruled on a measure envisaged by the German authorities, namely, on the one hand, BNetzA’s decisions of 25 February 2009 and, on the other hand, the public law contract notified on 13 May 2016 equivalent to an administrative¹¹ decision.

7. With regard to the criterion relating to the improvement of security of supply, the General Court then found that it follows from the wording of Article 36(1)(a) of Directive 2009/73/EC that it is not the exemption sought but the investment which must satisfy that criterion - that is to say, in the present case, the construction of the OPAL pipeline. Consequently, it was in relation to the initial decision that it was for the Commission to ensure that the planned investment satisfied that criterion. On the other hand, the Commission was not required to examine compliance with that criterion in the contested decision, which merely approved an amendment to the conditions governing the exemption. Since no new investment was planned in that new phase and the amendment to the operating conditions proposed by BNetzA did not alter the OPAL pipeline as infrastructure, the Commission was not required in 2016 to add anything to what had been decided in 2009¹².

The General Court deduced from those two findings that the first plea in law, in part in so far as it is based on Article 36(a) of Directive 2009/73/EC, should have been rejected as ‘irrelevant’¹³.

IV. (continued) (b) the alleged infringement of the contested decision with Article 194 TFEU and the principle of solidarity.

8. With regard to the alleged infringement of Article 194 TFEU, Poland submitted that the contested decision (a) allowed Gazprom and the Gazprom group entities to redirect through the capacities of the Nord Stream pipeline new gas volumes to the EU market by making full use of the capacities of that pipeline, (b) compromised the exploitation of the pipeline supply capacities of OPAL’s competitors, jeopardising the exploitation of the pipeline supply capacities of OPAL’s competitors Braterstwo and

solidarité énergétique entre les Etats membres de l’Union européenne: une chimère?, in *Rev. aff. europ.*, 2009-2010, p. 771 ff.; N. AHNER, J. M. GLACHANT, *The Building of Energy Solidarity in the EU*, in J.M. GLACHANT, M. HAFNER, J. DE JONG, N. AHNER, S. TAGLIAPIETRA, (eds.), *A New Architecture for EU Gas Security of Supply*, Brussels, 2012, p. 123 ff.; M. KNODT, A. TEWS, *European Solidarity and Its Limits: Insights from Current Political Challenges* in A. GRIMMEL, S. MY GIANG (eds.), *Solidarity in the European Union. A Fundamental Value in Crisis*, Berlin, 2017, pp. 55-58; S. VILLANI, *The concept of solidarity within EU disaster response law. A legal assessment*, Bologna, 2021, pp. 89-90.

¹¹ Case T-883/16, cited above, paragraph 57.

¹² *Ibid.* paragraph 58.

¹³ *Ibid.*, para. 60.

Yamal and resulting in a reduction or even a complete interruption of gas transport by them; (c) adversely affected the energy security of its own territory; (d) infringed the general principle of solidarity between the Member States and between the Union and those States and (e) contradicted the spirit of solidarity which, under Article 194 TFEU, must underlie any decision taken in the energy sector. Poland added that the Nord Stream pipeline would increase Russia's strategic influence in the EU, in particular in Central and Eastern Europe, as it would enable gas supply to be interrupted via Ukraine without compromising the supply of gas to Western Europe.

9. The Commission disputed those arguments, stating that the principle of solidarity between Member States, referred to in Article 194(1) TFEU, is the expression, not of a general principle, but of a principle, stated specifically with reference to the energy sector, which is directed at the administration which applies the rules and concerns only urgent situations of crisis of supply or of the functioning of the internal market in gas. It argued that the normal functioning of that market is governed only by the principles laid down in Directive 2009/73/EC, nothing being added to that in a prescriptive sense by the article of the TFEU relied on by Poland. The Commission submits that the criterion of enhancing the security of gas supply, laid down in Article 36(1) of the directive, which was held to be satisfied in the contested decision by Poland, could be regarded as also taking into account the need to comply with the principle of energy solidarity.

10. In taking a position on these opposing arguments, the General Court did not accept the Commission's position¹⁴. It did, to a certain extent, echoing the Opinion delivered on 31 October 2019 by Advocate General Eleanor Sharpston in *Commission v. Republic of Poland and Others* (reiterating what had already been held on 8 June 2017 in her Opinion in *Khadija Jafari v. Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*¹⁵), according to which there is a general principle of solidarity between Member States and between the Union and those States, which is capable of supplementing specific Community rules in specific sectors in order to give rise to rights and obligations going beyond what is provided for by those rules¹⁶. However, the General Court has expressed itself in a swinging way. First of all, it assumed that the spirit of energy solidarity referred to in Article 194(1) 'is the specific expression, in that sector, of the general principle of solidarity between Member States' (referred to, in particular, in Article 2 TEU, Article 3(3) TEU and Article 24(2) and (3) TEU as well as Article 122(1) TFEU and Article 222 TFEU). It then stated that "this principle" (referring unequivocally to the general principle of solidarity¹⁷) is the basis of the whole system of the European Union¹⁸ (on the one hand the European Union is bound by an obligation of

¹⁴ On the facts of the case and the position taken by the General Court see K. LENAERTS and S. ADAM, *La solidarité, valeur commune aux états membres et principe fédératif de l'Union européenne*, in *Cahiers droit européen*, pp. 407 ff.

¹⁵ For an argument that Article 194 TFEU places obligations on the Union vis-à-vis the Member States, see A. BOUTE, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2020, p. 901.

¹⁶ Opinion of Advocate General Eleanor Sharpston delivered on 31 October 2019 in *European Commission v. Republic of Poland and Others*, Joined Cases C-715,718 and 719/17, EU:C:2019:917. For a finding that the principle of solidarity advocated by Advocate General Sharpston has in any event, since the Court's OPAL judgment, become the lifeblood of European energy policy see D. BUSCHLE and K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, cit., p. 12.

¹⁷ For an interpretation of this point of the reasoning of the General Court as entailing a qualification of the principle of interstate solidarity - and not of the principle of energy solidarity - as a general principle, see F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione Europea e governance economica europea*, Turin, 2020, p. 111 ff., who, from such a qualification, deduces its suitability not only as a criterion of interpretation, but also as a parameter of legitimacy of the decisions adopted by the institutions (p. 115). To this interpretation of that point of the reasoning of the General Court made by that author referred C. FAVILLI, in *WebEx conference of 30 June 2021 Solidarity between EU Member States and European Economic Governance. Reflections on a recent volume*, sponsored by the Institute of Politics and Development of the Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna in Pisa. She noted that Advocate General Campos Sánchez-Bordona, in paragraph 96 of his Opinion submitted to the Court on 18 March 2021 in Case C-849/19, would be guided by that interpretation in considering the principle of solidarity as a criterion for understanding the rules of secondary legislation, as an element for filling the gaps found in those same rules and as a parameter for judicial review of them and of the decisions of the Union bodies adopted on the basis of those rules. It escaped her notice, however, that the Advocate General, in that point, attributed those functions not to the general principle of solidarity but to the more specific principle of energy solidarity.

¹⁸ General Court, Case T-883/16, cited above, paragraph 69.

solidarity towards member States, on the other hand the member States are bound by an obligation of solidarity between themselves and with regard to the common interest of the European Union and the policies pursued by it¹⁹). Nevertheless, immediately afterwards it stated that the principle of energy solidarity cannot be limited to exceptional crisis situations²⁰ and entails a ‘general obligation on the part of the Union and the Member States, in the exercise of their respective competences, to take account of the interests of the other stakeholders’²¹ and ‘to avoid adopting measures liable to affect the interests of the Union and the other Member States’²². Finally, while not abandoning the statement made earlier that the expression used in Article 194 TFEU is specific to the principle of solidarity, it concluded that the contested decision had been adopted in breach of the principle of energy solidarity and should therefore be annulled²³.

V. The judgment of the General Court and Germany’s challenge to it

11. Challenging, on 20 November 2019, the judgment of the General Court, Germany’s agents did not in any way mention the reference made by the General Court to the general principle of solidarity. They merely referred to the principle of energy solidarity and argued that it

¹⁹ Ibid., paragraph 70.

²⁰ For an underlining of this clarification made by the General Court and a remark in terms of which it contradicts the view of F. CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties*, Heidelberg, 2014, p. 122, according to which the principle of solidarity is not productive of legal effects outside the circumstances of crisis, see F. CROCI, *Solidarity among EU Member States and European Economic Governance*, cit., p. 111 ff.

²¹ The latter statement was made by the General Court in paragraphs 72 and 73 of its judgment in Case T- 883/16, cited above, even though it is not expressly provided for by any provision of the TEU and TFEU Treaties. The fact that according to art. 194 TFEU the action of the Union in the energy sector must be understood in a spirit of solidarity among the Member States leads, on the one hand, to give it a connotation which is not exclusively “mercantilistic” (M. MARLETTA, *Commentary on art. 194 TFEU*, cit., p. 1654), on the other hand, to envisage a cessation of energy sovereignty in an absolute and exclusive sense on the part of the Member States (D. BUSCHLE and K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, cit., p. 9).

On the issues which, in the light of the General Court’s judgment, a national authority must take into account as part of its task of considering the different interests to which it must pay attention and the impact of their consideration on the sovereignty of Member States see M. MÜNCHMEYER, *Supercharging Energy Solidarity? The Advocate General’s Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, in <https://euro-peanlawblog.eu>, 9 avril 2021, D. BUSCHLE and K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, cit., pp. 10-11. For a critique of the General Court’s approach because it is marked by an excessively formalistic approach see A. BOUTE, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, cited above, p. 912. For a parallelism, on the other hand, between what the General Court stated in paragraph 78 of the judgment and what the Commission argued in its guidelines on access to essential goods and services during Covid 19 see G. DI FEDERICO, *L’assistenza transfrontaliera alla prova della pandemia*, in P. MANZINI and M. VELLANO (eds.), *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea*, Milan, 2021, pp. 75-76. Therein, that author notes that, according to these guidelines (which are not binding, but illustrate considerable margins for improvement *rebus sic stantibus*), the ultimate objective that could justify a temporary restriction to such access to the export authorization of those goods “would not be (anymore) the protection of a vital interest of the Member State invoking it, but, on the contrary, the protection of the health of the people living in the European Union”.

²² For an emphasis on the fact that, according to the General Court, Member States must avoid adopting measures which might harm the interests of the European Union and of the other Member States and did so by specifying, in paragraph 73 of Case T-883/16, that they must avoid doing so “with regard to security of supply, its economic and political sustainability and the diversification of sources of supply or supply”, in order to take account of their *de facto* interdependence and solidarity see D. BUSCHLE and K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, cit., p. 5. For this reason, according to those authors, Article 194 TFEU, since it merely provided that “Union policy on energy shall aim, in a spirit of solidarity between Member States [...],” could not have lent itself to the legal effect recognized by the Court to this last sentence. In line with this, in their view, for the ten years of European energy policy following the introduction of that article into Union law, the principle of solidarity ‘was a sleeping beauty. Prince Charming turned out to come from Luxembourg’. For a remark according to which the principle of solidarity, in general, in addition to a negative dimension, with the passage of time, tends to acquire also a positive dimension see S. VILLANI, *The concept of solidarity within EU disaster response law. A legal assessment*, cit., p. 8, in footnote.

²³ On the consequences for *Gazdrom* of the Court’s confirmation of the General Court’s judgment, see A. RIDLEY, *The ‘principle of solidarity’: OPAL, Nord Stream, and the shadow over Gazprom*, in *Atlantic Council*, 17 October 2019, at <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/energysource/the-principle-of-solidarity-opal-north-stream-and-the-shadow-over-gazprom/>; S. PIRANI and J. SHARPLES, *The Russia-Ukraine gas transit deal: opening a new chapter*, Energy Insight: 64, Oxford Institute for Energy Studies, February 2020, <https://www.Osfordenergy.org.wpcms/wp-content/uploads/2020/02/The-Russia-Ukraine-gas-transit-deal-Insight-64.pdf>.

- does not constitute a legal criterion giving rise to obligations to act on the part of the executive bodies,
- is not a general governing principle, it is only a political concept,
- because of its abstract and indefinite nature is not actionable,
- is applicable only in exceptional cases and only if strict conditions and requirements are met.
- should not be taken into account in any Commission decision.

Those agents have evidently confined themselves to these arguments (a) because of the fact that the Court of Justice has so far never recognised the principle in question as having the character attributed to it by the General Court in its judgment and (b) in line with an assumption that the Court of Justice's position in this regard is so well established that it cannot be changed by reason of that judgment.

Now, while the fact indicated in point a) is true, the hypothesized assumption of those agents hypothesized in b) cannot be taken seriously. It cannot be taken seriously first of all, because, even if it is linked to a more precise idea that the Court cannot change its case-law because of a ruling by a court inferior to it, it overlooks the mutual consideration that exists between the two courts, which is also due to the fact that many of the members of one court come from the other. Secondly, and above all, this assumption does not take into account the fact that an attitude of the Court of Justice in this regard was taken in a case, the Pringle case, in which it rejected the invocation of the principle of solidarity put forward by Advocate General Juliane Kokott to limit the application of the no bail-out clause provided by Article 125 TFEU. But that case was about the legitimacy of the establishment of the ESM in relation to the provision of Title VIII TFEU concerning economic and monetary policy which is completely different from Title XXI of the same TFEU related to energy²⁴.

In applying the provisions of Title VIII in Pringle, the Court had to take into account the fact that Art. 125 TFEU, although it could not be relevant, contributed to typically imprinting Title VIII with the idea of encouraging Member States to implement virtuous budgetary policies. Consequently, it considered legitimate the participation of Member States in an international agreement such as the ESM, which provides for financial assistance to a State in that area that is in difficulty and did so because, on one hand, it provides for forms of solidarity between member States (and not by the Union towards one of them) and, on the other hand, the assistance provided for by that agreement maybe possible only if it is indispensable for the preservation of that area. Title XXI of the TFEU, for its part, does indeed provide that the energy policy must be carried out in a spirit of solidarity between Member States, but without requiring coordination of art. 194 TFEU with provisions of the kind constituted by art. 125 TFEU.

VI. Preliminary observations on the Opinion delivered by Advocate General Campos Sánchez-Bordona

12. In an essay, already several times quoted²⁵, in contrast to the arguments put forward in the appeal filed by Germany to challenge the judgment of the General Court, it is stated that the OPAL judgment of the General Court gave rise to an extremely important step in the evolution of interstate solidarity. This is so, first and foremost, because it enshrined solidarity as a) a general principle of the Union, in line with what has been authoritatively argued in the same sense by a part of the legal literature²⁶, b) capable

²⁴ Of this G. MORGESE (*Solidarity in fact ... and in law? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *www.Eurojus.it, special issue 9/6/2020*, p. 89, footnote 64) has in no way taken into account. He has, instead, given prominence to the objections expressed by Germany in the first ground of its appeal and he has emphasized that the judgment of the General Court, to constitute a relevant precedent, must be confirmed in unequivocal terms by the Court of Justice.

²⁵ F. CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, p. 111 ff.

²⁶ See G. STROZZI and R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea Parte istituzionale*. VIII ed., Turin, 2020, p. 230 ff., according to whom it is not correct to distinguish between general principles and fundamental principles, since the latter have the same capacity to constitute parameters of validity of acts of the Union. On the general principles of Union law see K. LE-NAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Role of General principles of EU Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA

of producing binding legal effects and c) capable of constituting a source of rights and obligations both for the Union and for the Member States without it being necessary to invoke it in conjunction with other provisions of Union law. In addition, according to the author of that essay, it would confirm the relevance of that principle in the Community legal order as a whole, since, by virtue of its inherent nature in the Union system and its constitutional nature, it is ‘capable of being applied across the board to all the policies of the Union’²⁷.

13. Advocate General Campos Sánchez-Bordona did not take the same line when he delivered his Opinion to the Court of Justice in the appeal proceedings brought by Germany²⁸ against that judgment²⁹. He followed a more articulate path which took its cue from certain preliminary remarks on the way solidarity is referred to in Union law and its reflection on the rules concerning energy policy. These observations are based on an analysis of prior EU case law which led him to note that a) the principle of solidarity has a rank which could be qualified materially as constitutional and b) the fundamental question is whether that principle has a rank of legal principle³⁰, i.e., is capable of creating rights and obligations.

(eds.), *A constitutional order of States? Essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ff.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, p. 3 ff. D. SIMON, *Les principes en droit communautaire*, in S. CAUDAL (ed.), *Les principes en droit*, Paris, 2008, p. 287 ff.

²⁷ See F. CROCI, *Solidarietà tra stati membri dell’Unione europea e governance economica europea*, cit., p. 155-156, who, on the basis of these remarks, states that he does not consider divisible the thesis according to which there is no reason why the discipline emblematically embodied in art. 125 TFEU should prevail over solidarity. Moreover, he affirms this by recalling that there would be no reason for his stance if one were to share a) the opinion long expressed by eminent German figures, according to whom “Solidarity” in the true sense means that all of the countries concerned should comply with the fundamental rules of EMU by observing the disciplines of the Stability and Growth Pact and the “no bail out” principle. Fulfilling commitments that have been so solemnly undertaken is a core part of this, and those countries that may be tempted to undermine these principles would be demonstrating their own lack of solidarity” or b) the one, not very different, expressed by the British delegate to the preparatory works of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to whom the British notion of solidarity does not have the same meaning as the corresponding continental notions.

It is always in consideration of the fact that, still on the basis of what has been indicated above in the text, expressing himself on Article 122, par. 2, TFEU, the author in question, not sharing the doubts in this regard advanced by F. MUNARI (Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell’Unione monetaria e i loro effetti sull’ordinamento giuridico europeo, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2015, p. 723 ss.), considers that that article was suitable to constitute the legal basis for the adoption of Regulation 407/2010 establishing the EFSM and to operate in favour of Greece despite the fact that it had not been established that the situation that had led to the difficulties of that State (later proved to be covered by its fraudulent conduct) should be considered, as required by that provision, as beyond the control of that country.

²⁸ Opinion of Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona delivered on 18 March 2021, Case C-848/19 P, *Federal Republic of Germany v. Republic of Poland and European Commission*, EU:C:2021:218.

²⁹ This is because of an element of factual order, which has been well illustrated, relating to health protection (despite the fact that this is the subject of only limited powers of the Union, which in this respect can ‘support, coordinate or supplement the action of the Member States’), which is characterised by, in parallel to the attitude of the Advocate General, in the direction of a rejection of the configuration of solidarity as a general principle of the community order susceptible to find application with regard to all policies of the Union, see M. GATTI, *La risposta europea all’emergenza da Covid-19*, in P. MANZINI and M. VELLANO (eds.) *Europa 2020. I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea*, cit., p. 31 ss. There he highlights the non-cooperative approach based on sovereignty that characterizes the international law adopted by the Member States of the Union, in the period immediately following the declaration of emergency by Italy on 7 January 2020 and the request for assistance to cope with the Covid-19 pandemic, forwarded to them through the Commission, in the framework of the operation of the Unional Civil Protection Mechanism, on 23 February 2020.

The author undoubtedly highlights the data in question in a manner not dissimilar to that of the Advocate General, despite the fact that, on p. 57, he observes that “it is normal that, in order to manage an emergency, the public authorities adopt acts derogating from the rules of general application”. This remark, in fact, is made immediately after noting that “several Member States have not hesitated to deny the free movement of goods (as well as persons)” and in a sense, therefore, quite different from that in which, on p. 33, he called the data above and noted, also on p. 57, that by virtue of them European solidarity has “proved evanescent”. With reference to the same approach of the Member States, of non-cooperation hinged on the sovereignty that characterizes international law, again said author considers that the development of the RESCEU Mechanism, which, established in 2019 in the framework of the reform of the Unional Civil Protection Mechanism by Decision n. 2020/414/EU, was charged with managing stocks of medical equipment according to the comitology method, cannot be taken for granted. Given that the operation of that mechanism, according to that method, requires approval by the Member States other than the state requesting assistance, in his view it will not be easy to obtain the cooperation of frugal states that are less fragile and, therefore, less in need of it.

³⁰ Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraphs 61 and 63.

Proceeding to a summary analysis of the case law, the Advocate General pointed out that the Court of Justice has, first of all, qualified solidarity as a fundamental principle of the European order, to the point that, already in the *Commission v. France* ruling of 1969³¹, it had stated that “solidarity [...] is the basis [...] of the Community system as a whole [...]. In the judgment *Commission v. Italy* of 1973³², was even more forceful, stating that “failure to fulfil the duties of solidarity accepted by the Member States on their accession to the Community shakes the Community legal order to its very foundations”. The Court subsequently referred to solidarity in a number of judgments to justify the sharing of burdens and benefits imposed by Union rules, but without identifying it as a general principle of law. Lastly, the *Commission v. Poland and Others* ruling of 2020 on the distribution of a mass influx of third-country nationals suddenly arriving in the territory of the Union explicitly referred to the principle of solidarity for the interpretation of an article of the TFEU 78(3) TFEU. It stated that the burdens arising from decisions taken pursuant to art. 78 (3) TFEU “must be shared among all Member States, in accordance with the principle of solidarity and fair sharing of responsibility [between them], since, under Article 80 TFEU, that principle governs the Union’s asylum policy”. From all of this data, Advocate General Manuel Campos Sánchez Bordona inferred that, according to the Court of Justice, the importance attributed in primary law to the principle of solidarity, as a fundamental or constitutional principle³³ of the process of European integration³⁴, is such that “it may be regarded “as significant enough to create”, “consente di dotarlo di un significato idoneo a comportare” conseguenze giuridiche, “permet de le doter d’une signification apte a produire” “legal consequences”³⁵.

14. The use of the adjective “suitable” is important because it implies a distinction between an abstract aptitude and a concrete aptitude to produce legal consequences, i.e. to create rights and obligations: a distinction which, in the reconstruction in question, is relevant because it is linked to a connotation of fundamental or constitutional principles and norms³⁶, operative in a sufficiently institutionalized context (quite different from that made by Advocate General Eleanor Sharpston and the essay mentioned at the beginning of this paragraph³⁷), as intended to be understood “by those who must interpret them (ultimately the Court)” to “discern the imperative content that is proper to them”³⁸.

³¹ 10 December 1969, 6 and 11/69, *Commission of the European Communities v. French Republic*, EU:C:1969:68, paragraphs 16/17.

³² 7 February 1973, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, EU:C:1973:13, paragraph 25. *Italian Republic*, EU:C:1973:13, paragraph 25.

³³ For an underlining of the particular importance that the principle of solidarity assumes, in relation to energy supply, acquiring a character “which could be defined as constitutional” see the Opinion of Advocate General Mengozzi in Case C-226/16, *ENI Spa and Others*, EU:C:2017:616, paragraphs 33 and 34, as well as, more generally, A. LEVADE, *La valeur constitutionnelle du principe de solidarité*, in C. BOUTAYEB (ed.), *La solidarité dans l’Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, 2011, p. 51 and J. MOLINIER (*Sous la direction de*), *Les principes fondateurs de l’Union européenne*, Paris, 2005, p. 250 (who qualifies solidarity as a «supraconstitutional» principle).

³⁴ As such, Advocate General Campos Sánchez-Bordona essentially understands it by qualifying it “as a value and as an objective of the process of European integration” and by indicating, in footnote 53, that he takes up with that qualification the statement that “solidarity is the lifeblood of the European project” made by Advocate General Sharpston in his opinion of 31 October 2019 in the joined cases *Commission v. Poland and Others*. Advocate General Sharpston, moreover, had added in those conclusions that “through their participation in that project and citizenship of the Union, the Member States and their citizens are endowed with obligations and benefits, duties and rights” and had further stated that the principle in question implies, at times, the acceptance of burden-sharing, a burden-sharing that “does not amount to examining the Treaties and secondary legislation to see what can be claimed”, but “also requires the assumption of collective responsibilities as well as burdens (yes, burdens) to promote the common good”: that is to say, it does not exclude burdens such as those capable of deriving from the obligation of solidarity referred to in Article 80 TFEU, understood as an obligation enshrined in a general principle of EU Law, which each Member State has towards the others.

³⁵ Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 70.

³⁶ For a general view of the principle of solidarity as a constitutional value, see, for example, M. ROSS, *Solidarity: A new constitutional paradigm for the EU?* In M. ROSS and Y. BORGMANN-PREBIL (eds), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 23 ff.

³⁷ For a parallel qualification according to which solidarity, although “inherent in the EU legal order as a foundational value, it cannot (yet) be defined as a general principle of EU law” see, among many others, E. DAGILYTE, *Solidarity: a general principle of EU law? Two variations on the solidarity theme*, in A. BIONDI, E. DAGILYTE, and E. KÜÇÜK (eds), *Solidarity in EU Law. Legal Principle in the Making*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 61 ff.

³⁸ Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 71. The statement made at that point in the Opinion of Advocate

15. This reconstruction of the Court of Justice's thinking cannot be considered to be a slip of the tongue; it cannot be considered to be such because it is in harmony with all the other elements of the preliminary observations of Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona and takes up a method of interpreting rules of a constitutional nature which is becoming increasingly widespread and has been authoritatively highlighted by an author, a former President of the Italian Constitutional Court³⁹, according to whom the text of one of these rules "is not a self-sufficient reality"; its interpretation a) "is not a passive act of mere recognition" but b) it is an internal phase in the process of the production of law, which completes and concludes it, bringing it to life by immersing it in the concreteness of daily life" and c) it gives rise to a "natural protagonism of the interpreter"⁴⁰.

That this is so is shown by the fact that the Advocate General, in paragraph 116 of his Opinion, did not state that Article 194 TFEU has, in itself, binding legal effects and he made consciously, since he referred extensively to the commentary on the Court's OPAL judgment made by authors, who unequivocally maintain that "the principle of energy solidarity does not create an obligation for a certain result"⁴¹.

VII. (continued) the position taken in that Opinion

16. Referring, at the end of his preliminary remarks, to the practical problem of proposing what the Court should decide, with specific reference to energy markets, about the concrete capacity of the principle of solidarity to produce legal effects, the Advocate General took up the idea that the interpretation of the Court of Justice must be made by paying attention to all the circumstances of the case in question and by realising the natural protagonism of its role as interpreter of last resort. He suggested to it to decide taking into account a) Article 194 TFEU, introduced by the Lisbon Treaty as a legal basis for the development of the Union's competences in the field of energy⁴², a series of provisions of secondary law⁴³ and the fact that the Commission has also recognised that "the legality of its decisions could be

General Campos Sánchez-Bordona was not grasped by M. MÜNCHMEYER, *Supercharging Energy Solidarity? The Advocate General's Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, cited above, according to which the Advocate General would have sustained that both Article 194 and Article 80 TFEU can have direct legal effect.

³⁹ P. GROSSI, *Plurality of the sources of law and implementation of the Constitution*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2019, p. 773 et seq. who, in this regard, recalls H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960

⁴⁰ A similar attitude seems to be taken by S. VILLANI, *The concept of solidarity within EU disaster response law. A legal assessment*, cit., p. 82, according to whom the place of solidarity in the constitutional context of community law acquires a particular significance in relation to the creative role played by the Court of Justice with regard to its interpretation of unwritten principles of such law. This position is, however, qualified by the fact that she expresses it by referring to the positions taken by the Court of Justice in the cases *Commission v France* of 10 December 1969, cited above, *Commission v Italy* of 7 February 1973, cited above, and *Commission v United Kingdom* of 7 February 1973 (both cited above in paragraph VI) and *Commission v United Kingdom* of 7 February 1979 (Case 128/78, EU:C:1979:32) and in Opinion 1/75 of 11 November 1975 (EU:C:1975:145). She points out that in those circumstances the Luxembourg judges conceived solidarity, not as an autonomous source of positive obligations, but rather of negative duties requiring Member States to refrain from acting against and to act in favour of the common interest of the Community (page 80); and shortly afterwards (on page 81), indicates that, in doing so, they have shown that they have regarded those negative duties as resalting, in fact, from their obligation to comply with the principle of loyal cooperation.

⁴¹ D. BUSCHLE and K. TALUS *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, cit., p. 8. These authors had, moreover, immediately added that the principle in question "calls for the performance of a balancing test of which the features are still largely unknown and subject to future clarification". The Advocate General gave a further sign of his agreement with them by stating, as will be indicated in paragraph VII, that the principle of energy solidarity may be used as a parameter for judicial review of decisions of Union bodies in this field: he said that such review must establish whether, in accordance with that principle, in each case in which one of those decisions is to be adopted, account has been taken, in a balanced manner, of the interests of the various Member States and those of the Union as a whole. According to T.M. MOSCHETTA (La solidarietà interstatale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commission, in *Annals of AISDUE*, vol. I, 2019), for the General Court, interstate solidarity constitutes "a balancing instrument between the achievement of common objectives and the preservation of particular state interests".

⁴² Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 75

⁴³ *Ibid.*, para. 81.

reviewed in the light of the principle of energy solidarity”⁴⁴. He called to its attention that the principle of energy solidarity has acquired a “prominent feature”⁴⁵, felt, in the Union’s legal system, with increasing intensity, as “fundamental” and “is key to ensuring that the European union’s energy policy is able to achieve its objectives”⁴⁶.

17. From the above, Advocate General Manuel Campos Sánchez-Bordona inferred that it was impossible to agree with Germany’s argument that the principle of energy solidarity was too abstract. On the contrary, he took the view that it may, unlike mere rules, produce judicial effects, not only when reflected in a rule of secondary law but even in its absence, in the judicial review of decisions taken in the material field with reference to which it was included in the TFEU. It has clearly stated that the principle of energy solidarity can produce legal effects a) as a criterion for the interpretation of derivative rules adopted in the exercise of the competences of the European Union in the field of energy, b) as an element to fill the gaps encountered in this rules and c) as a parameter for judicial review, both of the legality of those derivative rules and of decisions of the Union’s bodies in that field⁴⁷. And, since Poland had based its action before the General Court on the conflict between the Commission’s decisions and Article 36 of Directive 2009/73/EC, it stated, with specific reference to the case on which he was required to deliver his opinion, that it is true that that article “does not expressly mention energy solidarity among the factors to be taken into account when granting an exemption [...] to new pipelines”; however, “that lack of express mention to the principle of energy solidarity did not relieve the Commission from assessing the impact [of that principle] on its exemption decisions”, because observance of it, in conjunction with what indicated in the previous paragraph and the elements set out at the beginning of this paragraph, could be imposed by article 194 TFEU⁴⁸.

As will have been noted, in his preliminary remarks the Advocate General had referred to the Court of Justice’s ruling of 2 April 2020 in order to point out that in that ruling it attributed to solidarity a fundamental and materially constitutional character⁴⁹. However, the Advocate General no longer took that ruling into account when suggesting to the Court the elements to consider in deciding the case at hand. In the case that led to the judgment of 2 April 2020, the Court was asked to rule on the legality of temporary measures provided for in Council decisions adopted under Article 78(3) TFEU in order to help Greece and Italy “to cope more effectively with an emergency situation characterised by a sudden influx of third-country nationals into their territory”. It had to determine whether those decisions were in conformity with Article 80 TFEU, which provides that the Union’s policies on border controls, asylum, immigration and their implementation ‘shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between Member States’ and specifies that ‘whenever necessary, acts of the Union adopted pursuant to [the chapter containing that provision] contain appropriate measures for the purpose of applying that principle’. This specification, contained in a provision of primary law, uses the principle of solidarity as a criterion for the interpretation and determination of the legality of acts of the institutions which the Court could not draw on. In his preliminary remarks to his Opinion, the Advocate General did not refer to the Court’s judgment in order to evoke the Court’s position on a question of whether the principle of solidarity imposed obligations on Member States among themselves, but only on a question of verifying the correctness of decisions of

⁴⁴ Ibid., para. 93.

⁴⁵ Ibid., para. 81.

⁴⁶ Ibid., point 82. For an underlining of the importance of what has been pointed out in this point and in the other points in the three previous notes, see the remark made by B. BERTARINI, *The principle of solidarity between law and economy. Un nuovo ruolo dell’impresa per uno sviluppo economico inclusivo e sostenibile*, Turin, 2020, p. 31, according to whom the affirmation of a principle of solidarity in the European Union requires “a long normative path, which only in time leads to the affirmation of a principle of solidarity starting from the idea of solidarity” and which finds “in the founding Treaties of the Communities a first essential reference”.

⁴⁷ See Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 96. For a similar reconstruction of the position taken by the General Court on the operation in EU law of a principle of energy solidarity as a parameter of legitimacy, as a parameter of interpretation and as a criterion for balancing the interests involved in the sector see T. M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatale nella politica dell’Unione europea: nota a margine della sentenza del Tribunale Polonia v. Commissione*, cit., 430-431.

⁴⁸ Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 105.

⁴⁹ See supra par.VI.

a Community institution and, if that question was answered in the affirmative, whether those decisions had been properly followed up by those States⁵⁰. That problem was entirely different from that posed by Germany's application. It was therefore sufficient for the Advocate General to have referred to that earlier case in the preliminary observations to his Opinion in order to emphasise, as indicated, the fundamental nature of that principle.

VIII. The judgment of the Court of Justice in the OPAL case and its reference to the general principle of solidarity

18. In its judgment of 15 July 2021, the Court of Justice, while emphasising that the main issue before it was the interpretation of Article 194 TFEU, it pointed out at paragraph 49 (a) that “the General Court held, in paragraph 70 of the judgment under appeal, that the principle of solidarity entails rights and obligations both for the European Union and for the Member States” and (b) stated that it had done so “rightly”, holding, only in passing, that the Union has “an obligation of solidarity between themselves and with regard to the common interest of the Union and the policies pursued by it”⁵¹.

19. The Court's endorsement of the statement contained in paragraph 70 of the General Court's judgment constitutes a quite different attitude from the one it had taken in its judgment of 2 April 2020: in that judgment it had referred to the principle of solidarity in a context in which it had specifically and definitively ascertained the lawfulness of acts of the Council.

The passing statement contained in the judgment of 15 July 2021, on the contrary was neutralised by the fact that the Court annulled the contested decision because it conflicted not with it but with the principle of energy solidarity. That passing statement, however, was not insignificant; indeed, it cannot be excluded that, despite being entirely new⁵², it may in future be invoked as an important reason for

⁵⁰ For a highlighting of this distinction see the speeches of F. CROCI and F. COSTAMAGNA at the *WebEx conference on 30 June 2021 Solidarity between EU Member States and European Economic Governance. Reflections on a recent volume*, cited above. The importance of that distinction has not been grasped by A. RIZZO, *Ricollocazione infra comunitaria e principio di solidarietà: un nuovo paradigma per le politiche d'asilo dell'Unione*, in *Comunità int.*, 2017, p. 412, according to whom the Court, largely accepting the Advocate General's indications, has made recourse to the principle of solidarity enshrined in Article 80 TFEU. It is, moreover, in contrast with the Court's position the G. MORGESE's statement (*Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, cit., p. 85) according to which article 80 TFEU “does not contain an autonomous legal basis for the adoption of EU acts”. This statement cannot be shared, first of all, because it is accompanied by the observation, is contradicted by the fact, mentioned above in the text, that so far it has not been used even jointly to adopt binding acts; and, then, because it is motivated on the basis of the fact that the second sentence of said article seems to impose on the institutions to act “whenever necessary” and therefore establishes in their favour a mere faculty to act. However, such a power does not rule out the possibility that when it is exercised in relation to Member States, as happened with the decisions in question, the acts adopted create positive obligations for them.

For a finding in line with the position of the Court of Justice, according to which solidarity obligations of a precise type are imposed on institutions and States even in the absence of norms which provide for this, see, instead, G. ITZCOVICH, *On the Legal Enforcement of Values. The Importance of the Institutional Context*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017, p. 29 as well as G. MORGESE, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? The European Union in the mirror of the pandemic crisis*, cit., p. 88.

⁵¹ CJEU 15 July 2021, C-848/19 P, *Federal Republic of Germany v. Republic of Poland and European Commission*, EU:C:2021:598, paragraph 49.

⁵² It is true, in fact, that the Court of Justice had already referred to the principle of solidarity in order to seriously censure France, Italy and the United Kingdom in the cases mentioned above in footnotes 33 e 34; but it had done so in order to counter the violation by them of their duty to respect Community law and to act in favour of the common interest of the Community and not in order to affirm an obligation of solidarity between Member States. The indication contained in F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Naples, 2020, according to which the supranational solidarity among member states is manifested in specific legal obligations. This indication, in fact, is referred to by that author only as an objective of the Treaties. This author indicates, instead, that the Court, by the ruling 19 September 2013 (C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt v. Peter Brey*, EU:C:2013:565) consider that “a certain financial solidarity of the citizens of the host Member State towards those of other Member States”, even if then (quoting A. MCDONNELL, *Equality for Citizens in the EU: Where Did All the Flowers Go?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, cit., p. 199 ff.) adds that such solidarity is definitely weakened in the subsequent case law.

enhancing the general principle of solidarity, as, moreover, already happened in the context of the case *Alexios Anagnostakis v. European Commission*⁵³, which led to the judgment of the Court of Justice of 12 September 2017 confirming an earlier judgment of the General Court⁵⁴: a case in which the appellant, albeit unsuccessfully, had invoked that principle, seeking the annulment of a decision of the Commission rejecting his application for registration of a legislative initiative by citizens seeking the introduction into EU law of a mechanism of a general and permanent nature capable of allowing a State in difficulty not to repay all or part of its public debt.

20. It was for that reason that the Court of Justice, for its part, first, did not refer to that point of the judgment of the General Court anywhere else in its judgment and, in paragraphs 48 and 50, referred specifically to the principle of energy solidarity; it then confirmed the judgment of the General Court annulling the contested decision on the ground that it was incompatible with it. Moreover, paragraph 49 of the Court's judgment cannot, however, be relied upon as binding precedent in future cases since it could have acquired such significance only if it had actually resolved the problem with reference to which it was expressed. Which, as indicated above, was not the case.

Consequently, the attitude adopted by the Court on this point can only be understood in one of two ways: either in the sense that it constitutes an obiter dictum, or in the sense that the principle of solidarity, as indicated in paragraph 70 of the Advocate General's Opinion, is "significant enough" "idoneo a comportare" rights and obligations, distinguishing between an abstract and a concrete capacity to produce legal consequences: an abstract capacity because, although it has different aspects and degrees of concreteness, as a value and as an objective of the process of European integration, it can be endowed with a meaning capable of producing legal consequences; a concrete capacity which can be realised only if there are specifications and elements such as those indicated by the Advocate General in points 75, 81 and 82 of his Opinion⁵⁵ and that he has made it clear that they must be understood by those who have to interpret them (in the last instance the Court of Justice), who have the task of 'discerning the normative content which is proper to them'⁵⁶.

The statement in question cannot be considered to have constituted a mere obiter dictum. In fact, it may reasonably be held that a finding that the principle of solidarity entails rights and obligations, not only in relation to acts adopted by the Commission, but also in relation to the relations of one Member State with others, was made by reference to its specification in Article 194 TFEU. On the other hand, it is not comprehensible to understand it as related to a general application of that principle, if one takes into account that it was accompanied by the statement that the Member States have an obligation of solidarity among themselves and with regard to the common interest of the Union and the policies pursued by it. If the General Court and the Court of Justice had really intended to make such a statement in the second sense, they would certainly have realised the important consequences that could be drawn from it and they would have felt the need not to contain it in a mere passage of their reasoning.

IX. The legal effects attributed by the Court to the principle of energy solidarity

21. Beyond what has been noted in the previous paragraph, at least on two points the Court of Justice has expressed itself in a manner not dissimilar to that of its Advocate General.

⁵³ The observation made above, in the text, that the case law of the Court of Justice is new is not inconsistent with the statement contained in F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, cit., according to which the supranational solidarity among member States is manifested in specific legal obligations. With those statements he, infact, was referring to the ruling 19 September 2013 (C-140/12 Pensionsversicherungsanstalt v. Peter Brey) stating that the possession of economic resources by European Union citizens is a "necessary requirement for obtaining the legal right to reside on the territory in other member States".

⁵⁴ ECJ 12 September 2017, C-589/15 P, *Anagnostakis v. European Commission*, EU:C:2017:663

⁵⁵ Trib. 30 September 2015, T-450/12, *Anagnostakis v. European Commission*, EU:T:2015:739.

⁵⁶ See *supra* par. VI.

⁵⁷ Opinion in Case C-848/19 P, cited above, paragraph 71.

First of all, the Luxembourg Judges stated that the spirit of solidarity mentioned in Article 194(1) TFEU must guide any action of the Union in the field of energy policy, i.e. in adopting all the acts governing it. Consequently, they held that the principle of energy solidarity must be taken into account by the institutions of the Union as well as by the Member States in order to ensure the security of supply of the Union, which implies not only facing emergency situations when they occur, but also adopting measures aimed at preventing crisis situations. In the face of Germany's argument that such an application of the principle in question would amount to imposing on the Union and the Member States 'unconditional loyalty' which would hinder any decision, they pointed out how correctly, at the paragraph 77 of the judgment under appeal, the General Court stated that the institutions and the member States implementing the energy policy must preventively take into account their different interest and balanced them in case of conflicts⁵⁷.

22. The Court, moreover, again in a manner not dissimilar to what was done by its Advocate General, stated that the principle of energy solidarity implies that a) "the acts adopted by the EU institutions, including by the Commission [...], must be interpreted, and their legality assessed, in the light of the principle of energy solidarity"⁵⁸ and b) that principle cannot "be regarded as being ... limited to the requirement to ensure security of supply, referred in Article 36(1) of Directive 2009/73". This is because that requirement constitutes "only one of the manifestations of the principle of energy solidarity, since Article 194(1) TFEU sets out [...] four different objectives which, in a spirit of solidarity between Member States, EU energy policy aims to achieve"⁵⁹. Consequently, it ruled that 'the absence in the Article 36(1) of Directive 2009/73 of any reference to the principle of energy solidarity did not relieve the Commission of the need to examine the effect of that principle on the derogating measures adopted by the decision at issue'⁶⁰ and, therefore, from taking account of the ability to fill the gaps in the relevant secondary legislation.

X. The way in which the Court has come to attribute legal effects to the principle of energy solidarity

23. As regards the role played by the Court in giving prominence to the principle of energetic solidarity as a legal principle, the Court has formally distinguished itself from the way in which the Advocate General had considered it to be capable of giving rise to rights and obligations in relations between Member States, in relations between them and the Union and in relations with the subjects of the Community legal order.

24. The Advocate-General had come to attribute legal effects to the principle of energy solidarity in the manner already indicated in paragraphs V and VI, highlighting the central role to be played in this respect by the courts and, in particular, by the Court of Justice. The Court of Justice, for its part, took as its starting point the consideration that the principle of solidarity underlies the entire legal system of the European Union⁶¹ and went on, in the context of the review of the legality of the Commission's acts at issue in the case, to refer to the manner in which, in its judgment of 2 April 2020, it had applied that principle, as referred to in Article 80 TFEU (thus finding, as has been seen, that the Commission had

⁵⁷ For an interpretation of the judgment of the General Court in the sense that it could be understood as attributing to the principle of solidarity a function susceptible to be carried out not only in the energy sector but also in all the other sectors in which the Union has acquired a competence, an interpretation which, as will be seen in the following paragraphs, has not been accepted by the Court of Justice, cf. A. Boute, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, cit. p. 907; T.M. MOSCHETTA, *La solidarietà inter statale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia v. Commission*, cit., p. 428 ff.

⁵⁸ C-848/19 P, cited above, paragraph 44.

⁵⁹ *Ibid.* paragraph 47.

⁶⁰ *Ibid.* paragraph 48.

⁶¹ For a similar statement according to which the notion of solidarity justifies, develops and adapts the powers of the institutions of the Union and those of the member states in view of an even closer Union see D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001, pp. 146-147; C. Boutayeb, *La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (ed.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Paris, pp. 10-11.

legitimately proceeded to establish the infringement by some States of their obligations under EU law). It concluded that (a) ‘there is nothing that would permit the inference that the principle of solidarity referred to in Article 194(1) TFEU cannot, as such, produce binding legal effects on the Member States and the institutions of the European Union’ when that principle “forms the basis of all the objectives of the Union’s energy policy, serving as the thread that brings them together and gives them coherence”⁶² and (b) that “acts adopted by the EU’s Institutions including by the Commission under that policy” must be interpreted and their legality assessed in the light the principle of energy solidarity⁶³.

It cannot be ignored that statement (b), which constitutes the conclusion of the Court’s reasoning, was not imposed by a provision such as Article 80 TFEU, which the Court took into account in its judgment of 2 April 2020⁶⁴, and did not follow automatically from the premise set out in (a) on which it is based. It constitutes an addition to European Union law resulting from the exercise of the function which the Community system recognised to the courts and, ultimately, to the Court of Justice. The Advocate General pointed out that function⁶⁵. The Court has concretely exercised it in practice.

XI. The position taken by the Court on the relationship between the general principle of solidarity and the principle of energy solidarity, on the one hand, and the principle of loyal cooperation, on the other

25. As far the relationship between the general principle of solidarity and the principle of energy solidarity, on the one hand, and the principle of loyal cooperation, on the other hand, an important recent study refers to this, paying⁶⁶ specific attention to the way in which, in its OPAL ruling, the General Court considered that this principle operates.

That study makes reference, firstly, to a series of rules of primary and secondary EU law expressing the need to pursue solidarity among member states and, secondly, to the ruling of the Court of Justice of 18 March 1980⁶⁷ applying Article 58 of the ECSC Treaty. Among these rules of primary law, the study refers to (a) Article 122 TFEU, which allows the Council to decide, “in a spirit of solidarity between Member States”, on appropriate measures in the event of serious difficulties arising from the supply of certain products, starting with those in the energy sector, (b) Article 67 TFEU, according to which the Union must develop a common policy on asylum, immigration and external border control which is “based on solidarity between Member States”, (c) article 80 TFEU, according to which the Union’s action in this fields is governed by the ‘principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States’; (d) Article 222 TFEU, which requires both the Union and the Member States to take the necessary measures to provide assistance to those among them which are victims of terrorist attacks or affected by man-made natural disasters, if they expressly request it and (e) EU Regulation 2020/461⁶⁸ providing assistance to countries affected by a serious health emergency.

26. The same study associates the judgment of 18 March 1980 with these rules, since in that judgment the Court specified that the anti-crisis policy in the steel sector ‘is based on the fundamental

⁶² C-848/19 P, cited above, paragraph 43.

⁶³ *Ibid.*, para. 44.

⁶⁴ See *supra* par. VIII.

⁶⁵ For a recognition to the Court of Justice of a creative role played with reference to the unwritten principles of Union law, in the framework of its hermeneutic activity carried out in relation to the affirmation according to which “Community solidarity is fully included among the fundamental principles of the system of the European Union” in its ruling 29 June 1978, case 77/77 (*Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij bv and a. v. Commission of the European Communities*, EU:C:1978:141 see F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione Europea e governance economica europea*, cit. p. 38-39.

⁶⁶ F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, cit., p. 66.

⁶⁷ Court of Justice 18 March 1980, 154, 205, 206, 226 to 228, 263 and 264/78, 39, 31, 83 and 85/79, *SpA Ferriera Valsabbia and Others v Commission of the European Communities*, EU:C:1980:81.

⁶⁸ Regulation (EU) 2020/461 of the European Parliament and of the Council of 30 March 2020 amending Council Regulation (EC) No 2012/2002 in order to provide financial assistance to Member States and countries negotiating their accession to the Union affected by a major public health emergency, *OJEU* L 99/2020, p. 9.

principle of solidarity between different undertakings⁶⁹. And then considers that said set of rules and said judgment differs from (a) the provisions of the EU Treaty, such as Article 24(3) TEU (reinforced by Article 31(2) TEU), which requires the Member States to support the CFSP unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity and which translates into a general obligation to fulfil the tasks arising from the founding treaties, and (b) the judgment in *Commission v. Italy* of 7 February 1973, in which the Court of Justice held that ‘failure in the duty of solidarity accepted by Member States by the fact of their adherence to the Community strikes at the fundamental basis of the community legal order’⁷⁰.

The author of that study then takes into account that, in the context of the set of provisions and the Court’s ruling mentioned above, the two principles, at least in abstract, appear distinct “but complementary”⁷¹. He, nevertheless, deems that the second set of provisions and rulings referred to above concretise the affirmation of an obligation on the part of both the Union and the Member States to act in such a way as not to impede the pursuit of the Union’s policy objectives, in fact corresponding to a duty to respect the principle of sincere cooperation laid down in Article 4(3) TEU. He finally

- equates the OPAL judgement of the General Court with this second set of rules and rulings,
- attaches particular importance to the terms used by the General Court in paragraph 77⁷² (according to which, as seen in the previous paragraph VIII, the institutions of the Union and the Member States must, in implementing energy policy, take account of the interests both of the Union and of the various Member States and of the need to balance those interests in the event of conflict),
- concludes that by that paragraph the General Court established an obligation of the Union and the member States not to hinder the energy policy objectives as set out in article 194 (1) TFEU and therefor the obligation on them to apply the principle of solidarity is “nothing more than an obligation to respect the principle sincere cooperation !”⁷³.

The Court of Justice has expressed itself differently. It has assumed that the principle of solidarity is autonomous, even if closely linked to the principle of sincere cooperation, laid in Article 4(3) TEU, by virtue of which the Union and the Member States respect and assist each other in the tasks arising from the Treaties⁷⁴.

XII. Conclusions

27. The result arrived at by the Court of Justice, implicitly taking into account the elements set out in the Opinion of the Advocate General (including Article 194 TFEU⁷⁵), is significant, even if not as significant as that which it would have reached if it had adopted the understanding of the effects of the

⁶⁹ Case C-154/78 *Ferriera Valsabbia SpA and Others v European Commissions*, cited above, paragraph 59. The clarification of the reasons why in such a case the Court has qualified the principle of solidarity as a fundamental principle strongly coincides with those used by K. LENAERTS and S. ADAM, in a very recent essay, *La solidarité, valeur commune aux états membres et principe fédératif de l’Union européenne*, cit., pp. 309-312. These authors recall that that principle is commonly linked to the awareness of the community of interests within a given group, leading its members to share advantages and duties in a fair and equitable manner, as well as to assist one other and to avoid causing harm to one another.

⁷⁰ Case 39/72, cited above, paragraph 25.

⁷¹ Page 69, footnote 99 where he indicates that such a qualification for their relationship is made by A. BERRAMDANE, *Solidarité et loyauté dans le droit de l’Union européenne*, in C. BOUTAYEB, *La solidarité dans l’union européenne. Eléments constitutionnels et matériels*, cit., p. 70 ff.

⁷² See *supra* paragraph X.

⁷³ Page 72.

⁷⁴ See C-848/19 P, cited above, paragraph 41. The Court of Justice’s view of the principle of solidarity as autonomous from that of loyal cooperation is not contradicted by the fact that in paragraph 52 it states that the former must be “read in conjunction” with the latter. The use of this expression, in fact, is quite different from that of the expression used in the work referred to above, according to which the two principles must be “read together”, since this unequivocally implies an overcoming of the autonomy of one principle with respect to the other.

⁷⁵ See *supra* paragraph X.

general principle of interstate solidarity erroneously attributed by some to the judgment of the General Court. It is not excluded that that result, beyond the impact that it is destined to have in the framework of the management of energy policy, as hypothesized by an author in a commentary on the Opinion of the Advocate General, may indirectly encourage the attribution of legal effects to solidarity also in relation to other sectors (with the exception of cases in which reference is made to it on a purely political level) for the management of which the treaties mention it⁷⁶. And, as sustained by another author⁷⁷, again with reference to sectors other than energy, it can also be understood as the manifestation of a tendency towards a change that could lead to the belief that a) in substance, the inspiring principle of the Treaty has changed, b) the cardinal principle of economic matters no longer consists in the mere prohibition of financial aid to Member States and c) a form of solidarity is now admitted, also in the economic field. The enhancement of the principle of solidarity resulting from the perception of the increased importance of the symmetrical dimension that the principle has acquired following the Covid-19 pandemic and the centrality given to its intergenerational dimension by the Next Generation EU⁷⁸ could certainly contribute to a strengthening of this trend.

⁷⁶ See M. MÜNCHMEYER, *Supercharging Energy Solidarity? The Advocate General's Opinion in Case C-848/19 P Germany v Poland*, cit.

⁷⁷ G. CONTALDI, *European solidarity in the economic field at the time of the covid-19 pandemic*, in *Ord. Int. Human Rights*, 2020, pp. 449-450.

⁷⁸ European Recovery Plan, proposed by the European Commission on 27 May 2020, on which the member States agreed in occasion of the European Council session held between 17 and 21 July 2020.

CONCRECIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE LOS
CÓNYUGES EN LAS CRISIS MATRIMONIALES EUROPEAS,
EPISODIO 1: AÚN CON VIDA ENTRE VARIOS ESTADOS, SOLO
HAY UNA RESIDENCIA HABITUAL*

CONCRETION OF THE HABITUAL RESIDENCE OF SPOUSES
IN EUROPEAN MARRIAGE CRISIS, EPISODE 1: STILL LIVING
BETWEEN SEVERAL STATES, THERE IS ONLY
ONE HABITUAL RESIDENCE

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528.

Recibido:30.12.2021 / Aceptado:25.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6692>

Resumen: Asistimos al episodio uno de la definición por el TJUE del concepto de residencia habitual de un cónyuge en un procedimiento de divorcio regulado por el Reglamento Bruselas II bis. Para el Tribunal, a pesar de que la vida de las personas adultas se puede desarrollar en un entorno más variado que la de los menores y por ello tenga vínculos naturales con más de un Estado miembro, en la aplicación del Reglamento un cónyuge solo tiene una residencia habitual. Los criterios para concretar esta residencia son inicialmente dos. El subjetivo, la voluntad del sujeto de que en un determinado Estado miembro se concrete su centro de vida e intereses. El objetivo, que en él tenga una presencia física mínimamente estable.

Palabras clave: residencia habitual, crisis matrimoniales, residencia simple en dos Estados miembros, una única residencia habitual, criterios de concreción subjetivo y objetivo.

Abstract: Episode one deals with the CJEU's definition of the concept of habitual residence of a spouse in divorce proceedings regulated by the Brussels II bis Regulation. For the Court, despite the fact that the lives of adults can develop in a more varied environment than that of minors and therefore they have natural links with more than one Member State, in the application of the Regulation a spouse only has one habitual residence. The criteria to specify this residence are initially two. The subjective, the will of the subject that the center of life and interests is specified in particular member state. The objective, that it has a minimum stable physical presence in it.

Keywords: habitual residence, marriage crisis, simple residence in two Member States, a single habitual residence, subjective and objective specification criteria.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de diciembre de 2021.

** lucas.perez@ulpgc.es.

Sumario: I. Introducción: episodio 1, la novedad jurisprudencial. II. Los hechos y los problemas a resolver por el TJUE. 1. Los hechos del proceso, divorcio con residencia simple en dos Estados miembros. 2. Problemas planteados (y planteables) ante el TJUE. III. Posición central del Tribunal, solo existe una residencia habitual. 1. Características de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales. 2. Una única residencia habitual. 3. Consecuencias prácticas. IV. Concretando el concepto para el futuro, completamos la Sentencia del TJUE. 1. Centro habitual de vida e intereses del cónyuge, los elementos a valorar. 2. Elemento subjetivo, la voluntad del cónyuge. 3. Elemento objetivo, la permanencia con alguna estabilidad. 4. Complementos de los criterios, lo que falta por concretar. 5. Porqué disintimos con el parecer del TJUE. V. Propuesta a futuro ¿cómo no seguir apostando por la concreción del concepto? VI. Conclusiones.

I. Introducción: episodio 1, la novedad jurisprudencial

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha resuelto por primera vez una cuestión prejudicial de un Tribunal de un Estado miembro que consulta sobre los criterios para concretar la residencia habitual de un cónyuge en una situación de crisis matrimonial. Lo ha hecho en la reciente resolución de 25 de noviembre de 2021. Hasta ahora siempre había resuelto sobre menores, en seis de sus resoluciones¹ que posibilitaron el inicio de la creación de un concepto de residencia habitual jurisprudencial en los supuestos de niños y niñas que no aporta la norma y que ha animado a la doctrina a desarrollar su estudio y concreción como veremos a lo largo de todo el trabajo, tanto en el estricto ámbito de las relaciones parentales, como en otros². Debíamos considerar previsible que el primer objeto de conocimiento del Tribunal con cierto detenimiento fuese el de los menores y la aplicación del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis³. El interés superior del menor⁴ y las especiales circunstancias que el mismo presenta en los conflictos entre quienes ejercen la patria potestad provocan una mayor conflictividad y dudas respecto a la competencia de los tribunales de los Estados miembros. Esto provoca habitualmente la necesidad de resolver estos procedimientos de forma ciertamente rápida y la aplicación para ello del procedimiento sumario⁵. Estas dudas han motivado la alta conflictividad antes señalada en comparación a la inexistencia hasta el momento actual de ninguna resolución sobre la residencia habitual de los cónyuges.

2. Este hecho supone una gran novedad jurisprudencial y creemos que el episodio uno de la concreción de la residencia habitual en un nuevo ámbito de aplicación del Reglamento, el de la competencia

¹ Son las STJUE; 2 abril 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 22 diciembre 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; 9 octubre 2014, caso *M*, asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268; 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436; 28 junio 2018, caso *HR*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; 17 octubre 2018, caso *UD*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

² En el presente trabajo se podrá apreciar el volumen de análisis doctrinales publicados en los últimos años sobre la residencia habitual en sus diversos ámbitos de aplicación de la responsabilidad parental o el secuestro internacional de menores. Ejemplo de ello son los trabajos publicados en los dos últimos años en esta revista, Cuadernos de Derecho Transnacional, y también en otras revistas científicas. Nos ha parecido de interés hacer el ejercicio, y en el este trabajo, solo de CDT, citamos 6 trabajos de 2019, 6 de 2020 y 11 de 2021.

³ Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como Bruselas II bis (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). El Reglamento será sustituido el 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 (versión refundida), DOUE L178/1 de 2 de julio de 2019, que será denominado Bruselas II ter, y en él la residencia habitual de los menores se regulará en el artículo 7 con similar contenido al actual.

⁴ *Vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, homenaje al profesor Dr. José Carlos, Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 1175 a 1090; A. MERCHAN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 635-644.

⁵ Siguiendo así las propias Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos judiciales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de julio de 2018, que en su apartado 33 establecen que dicho procedimiento procede en los litigios relativos a la patria potestad o a la custodia de hijos menores cuando la competencia del juez que daba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial. DO C 257/1 de 20-7-2018, p. 1.

judicial internacional de los Estados miembros para conocer de las crisis familiares en aplicación del artículo 3 (mismo artículo en Bruselas II ter). En él, sin que la modificación legislativa haya producido más cambio que la enumeración de los criterios de los foros, la residencia habitual es el principal criterio de determinación de la competencia de los tribunales de un Estado miembro, tal y como se ha ido asentando en todo el derecho de familia europeo⁶. Esta residencia habitual se aplica tanto de ambos cónyuges conjuntamente si siguen conviviendo en el mismo Estado, como considerados por separado⁷. El operador jurídico debe distinguir, diferenciar y aplicar los criterios externos que muestren los cónyuges y que concreten cuál es su residencia habitual, y este es el elemento clave para la buena aplicación del derecho europeo⁸ y para la correcta determinación de la competencia de los Tribunales de los Estados miembros sin dilaciones indebidas.

3. Por su posible evolución futura y su carácter inicial e incompleta por lo que señalaremos a lo largo del trabajo, opinamos que la resolución es el episodio uno de una posible saga de sucesivas resoluciones en las que el Tribunal lleve a cabo la misma acción de concreción de la residencia habitual en este supuesto de las crisis matrimoniales similar a la que ya ha hecho en menores, y que nos permita ir construyendo poco a poco el concepto con sucesivos y futuros análisis doctrinales⁹. En esta primera resolución el Tribunal respondió a la única pregunta prejudicial realizada por el Tribunal nacional que inicia el procedimiento y que se centró en si se podía considerar que en aplicación del artículo 3 del Reglamento un cónyuge podía tener dos residencias habituales simultáneamente. Si bien el Tribunal en su fallo únicamente responde a esta pregunta y esta materia será el objeto principal de nuestro estudio, consideramos que de su resolución y de las conclusiones del Abogado General¹⁰, el español Manuel Campos Sánchez-Bordona, se pueden obtener otras conclusiones de gran interés para empezar a desgranar este concepto, y quizás cuáles pueden ser las futuras resoluciones del Tribunal cuando se le consulte por los criterios concretos a aplicar para determinar la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, en el presente trabajo proponemos ir algo más allá del análisis de la sentencia del Tribunal y derivar de esta resolución no solo cuántas residencias habituales puede tener un cónyuge, sino cuál es la naturaleza de la residencia habitual en crisis familiares e iniciar el trabajo de análisis de cuáles deben ser los criterios para concretarla.

II. Los hechos y los problemas a resolver por el TJUE

1. Los hechos del proceso, divorcio con residencia simple en dos Estados miembros

4. IB, marido de nacionalidad francesa, y FA, esposa de nacionalidad irlandesa, se casaron en 1994 en Bray (Irlanda). Desde 1999 convivieron en Irlanda en una vivienda de su propiedad y tuvie-

⁶ Nos remitimos al estudio con más detenimiento de esta regulación, interrelacionando los distintos instrumentos jurídicos aplicables en, L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRAZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales, y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 929-940.

⁷ Para un estudio con más detenimiento de los distintos criterios del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en “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*, Nº 21, año II, mayo de 2014, pp. 5-22, pp. 14-16; G. SCUDIERI, “I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale”, *Contratto e impresa Europa*, 2017, pp. 591-637, pp. 604-607; M. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003”, *CDT*, marzo 2017, Vol. 9, Nº 1, pp. 468-474, pp. 471-474. Analiza los criterios de competencia y la opción de la mediación; G. PALAO MORENO, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, nº 1 2014, pp. 451-531.

⁸ *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp.14-16.

⁹ La trascendencia del tema ya prevé un buen número de estudios futuros sobre esta misma sentencia, tal y como ha ocurrido con el concepto en menores con anterioridad y podremos ver en el presente trabajo. Por ejemplo, esperamos el trabajo de análisis de la resolución de DEVERS en la *Revue Droit de la famille*, aún pendiente en el momento de escribir estas líneas. *Vid.* <https://alaindeversavocat.com/divorce-international-la-notion-de-residence-habituelle-de-lepoux-enfin-devant-la-cjue/>.

¹⁰ ECLI:EU:C:2021:561.

ron tres hijos que en el momento del inicio del proceso son adultos y siguen sus estudios en Irlanda residiendo en el hogar familiar. En cuanto a la vida en común de la pareja, el marido, IB, francés, lleva desarrollando su actividad profesional en Francia desde 2010 de forma alterna, y de forma continuada desde mayo de 2017. Para ello durante la semana reside en París en un apartamento propiedad de su padre. Afirma que desarrolla su vida social en Francia desde 2017, sin vivir habitualmente en Irlanda y de hecho su mujer pasa temporadas con él en el país galo, aunque se ha negado a trasladarse definitivamente a Francia. La esposa niega esta descripción de su convivencia. Afirma que siempre han tenido la residencia habitual en Irlanda y que la familia nunca valoró trasladarse de forma permanente a Francia. El marido únicamente modificó su residencia laboral a Francia, donde trabaja y percibe sus ingresos, pero seguía manteniendo sus relaciones familiares habituales en Irlanda como desde 1999, ya que desde 2017 habría seguido yendo a la casa familiar en dicho Estado miembro todos los fines de semana cuando finalizaba su actividad laboral. En esos fines de semana convivía con su esposa y sus hijos desarrollando actividades familiares, deportivas y de ocio. Incluso vivieron juntos las vacaciones de Navidad de 2018 en el hogar familiar en Irlanda. En septiembre de 2018 habían decidido divorciarse y consultaron a un abogado en Irlanda. Sorpresivamente para ella, IB presentó la demanda en Francia el 28 de diciembre de 2018, solo tres meses después de haber decidido el divorcio y sin modificar la dinámica de su vida anterior ya que no se había producido una separación de facto entre los cónyuges¹¹. El Tribunal de apelación francés que inicia el procedimiento confirma que no existe la acreditación de una separación de hecho entre IB y FA antes del inicio del procedimiento de divorcio, sin que se pueda afirmar probado que ambos decidiesen modificar su residencia común a Francia.

5. El marido presentó el 28 de diciembre de 2018 una solicitud de divorcio ante el Tribunal de Grand Instance de París. Este se declaró incompetente el 11 de julio de 2019, porque a su juicio el demandante no tenía la residencia habitual en Francia, donde únicamente se encontraba su lugar de trabajo. Para el Tribunal la residencia habitual del demandante para interponer el divorcio estaba en Irlanda y era común con la de su esposa. Tras la apelación del marido de 30 de julio de 2019, el Tribunal de Apelación inició el procedimiento prejudicial. Para el Tribunal de segunda instancia ha quedado acreditado que el domicilio familiar está en Irlanda, pero considera que junto a este domicilio familiar el marido tenía un domicilio laboral diferente en Francia, y que por ello tenía dos residencias habituales; una familiar en Irlanda desde 1999 y otra profesional en Francia ya que desde el 15 de mayo de 2017 había instalado el centro de sus intereses profesionales en París, con elementos de conexión ni ocasionales ni circunstanciales. Por ello tenía residencia laboral en Francia desde hacía más de seis meses sin perder la residencia familiar en Irlanda en ese periodo. De este razonamiento el Tribunal requirente deduce que, en aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, que regula foros alternativos¹², tanto los Tribunales irlandeses como los franceses tienen competencia sobre el asunto por tener IB en ambos países la residencia habitual. Para ello el tribunal francés cita como antecedente de la consideración de la competencia en dos Estados miembros a la vez el caso *Hadidi*, resuelto mediante STJUE 16 julio 2009¹³.

¹¹ Los hechos tienen para nuestro trabajo un verdadero interés, ya que podemos considerar que no son en absoluto extraños en las parejas internacionales en las que los cónyuges viven en un Estado miembro en la vivienda familiar junto a los hijos y uno de ellos se desplaza durante los días laborables a otro Estado miembro por motivos de trabajo. Por otro lado, en situaciones de crisis familiares es muy habitual que uno de los cónyuges pueda volver a residir a su Estado miembro de origen, pero mantenga lazos personales y/o profesionales con el Estado miembro en el que se desarrolló la vida en común. La consideración de residencia habitual que se concrete en este supuesto puede alumbrar otros casos en el futuro.

¹² El criterio nuclear de la concreción de la competencia judicial para las crisis familiares en el citado precepto es el de la residencia habitual, debiendo considerar en él la nacionalidad como secundario. *Vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en los casos de divorcios internacionales (a propósito de la SAP de Toledo de 4 de marzo de 2020)”, *La Ley*, nº 9794, 2021, p. 5. El artículo marca la competencia internacional para todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en crisis familiares, sean judiciales o extrajudiciales, *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 460-492, p. 469.

¹³ Asunto C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474. El mismo Tribunal francés admite que en él se establecía la competencia alternativa de dos Estados miembros por tener vínculos con ambos, pero refiriéndose dicho caso a la aplicación del criterio de la nacionalidad, no el de residencia habitual, toda vez que los dos cónyuges eran nacionales de dos Estados miembros. Admite el Tribunal requirente que en el procedimiento actual analizamos la existencia o no de dos residencias habituales a la vez, cuya

6. Toda vez que el Tribunal de Apelación de París no duda sobre dónde está la residencia habitual de los cónyuges en este supuesto, no consulta sobre los criterios para determinarla. Para el Tribunal es claro que la esposa vive en Irlanda y que el esposo tiene su residencia familiar en dicho país junto a su esposa, vivienda familiar, y lugar en el que viven sus hijos, que si bien son mayores de edad están aún en edad escolar y conviven con los dos padres. Sin embargo, considera que además de dicha residencia familiar cuenta con otra residencia, la profesional, y por ello la consulta sólo se centra en preguntar si en aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis un cónyuge puede tener dos residencias habituales y por lo tanto esos dos Estados miembros son competentes para conocer del procedimiento aplicando dicho criterio¹⁴. Como vemos, no insta al Tribunal a pronunciarse sobre los criterios de establecimiento de la residencia habitual, o sobre si el esposo podría haber cambiado ya la residencia de Irlanda a Francia, toda vez que ya había decidido cuáles y de qué tipo eran sus dos residencias habituales, lo que no obsta para que la resolución sí haya entrado a analizar estos criterios. Es este hecho el que motiva que en el presente trabajo sí entremos en el análisis de los mismos, los aportados por el Tribunal y los que creemos que le faltan por valorar y también en la opinión mostrada por el TJUE sobre cuál era la residencia habitual del demandante en este supuesto.

2. Problemas planteados (y planteables) ante el TJUE

7. El principal problema que se le plantea al Tribunal en el procedimiento es el de la consideración de una posible doble residencia habitual para fijar la competencia judicial internacional de un cónyuge en la aplicación de los criterios del artículo 3 del Reglamento. Una residencia habitual familiar y otra profesional de uno de los cónyuges que motive que ambos Estados miembros sean competentes. El tribunal requirente no duda del hecho de que el ámbito personal del demandante se encontraba desde 1999 en Irlanda, donde tenía el hogar familiar, su esposa y sus hijos, y el ámbito profesional en Francia, donde tenía la actividad laboral y un apartamento familiar en el que residía durante el periodo laboral semanal. Esta situación era estable desde 2017, y se mantenía en septiembre de 2018 cuando ambos cónyuges deciden divorciarse. En dicha situación, para el Tribunal francés existen dos residencias habituales porque se cumple el criterio del apartado “vi” del mismo de la residencia habitual durante seis meses en el Estado miembro del que es nacional¹⁵.

8. Sin embargo, podemos considerar que debajo del asunto principal subyacen otros dos problemas vinculados al mismo, que sobrevuelan el procedimiento y sobre los que de hecho se pronuncia el TJUE. El primero, cómo no, es el de qué criterios debemos tener en cuenta para concretar dónde se encuentra la residencia habitual de los cónyuges en el supuesto de crisis familiares. El Tribunal ya se ha pronunciado en las resoluciones antes citadas sobre menores en los criterios generales a tener en cuenta en este tipo de supuestos regulados por el artículo 8¹⁶. Por otro lado, los hijos ya son mayores de edad, y

definición presupone una interpretación. Volveremos en el epígrafe III.2 sobre el error que a nuestro juicio supone esta argumentación analógica por parte del Tribunal de segunda instancia francés.

¹⁴ La pregunta exactamente fue; “Cuando se deduce de las circunstancias de que un cónyuge comparte su vida entre dos Estados miembros, ¿puede ser considerado, en el sentido del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y para su aplicación, que su residencia habitual en dos Estados miembros, por lo que, si las condiciones enumeradas en este artículo se cumplen en dos Estados miembros, los tribunales de estos dos Estados también son competentes para pronunciarse sobre el divorcio?”

¹⁵ El actual Reglamento Bruselas II bis no tiene enumeración ni denominación de los apartados del artículo 3.1.a, y habitualmente se han denominado “guiones”. Por claridad expositiva empleamos la configuración del mismo a partir del 1 de agosto de 2022 en el que en el Reglamento Bruselas II ter el artículo 3.1.a tiene los criterios denominados o enumerados del “i” al “vi”.

¹⁶ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materias de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *REEI*, n. 40, 2020, pp. 1-35. La autora, gran conocedora y experta de la doctrina del TJUE en materia de residencia habitual de menores, afirma que de la doctrina sobre niños y niñas se puede derivar cuáles son los criterios para concretar la residencia habitual de los titulares de la patria potestad, p. 11. Coincidimos en que esta línea jurisprudencial nos da claves para concretar criterios, pero también destacamos que es necesario detenerse a analizarlos con su especificidad del distinto ámbito material que presentan las crisis familiares de la responsabilidad parental.

no estamos ante un supuesto de responsabilidad parental¹⁷ nunca planteado, sino ante la primera ocasión en la que analiza exclusivamente la residencia habitual de uno de los cónyuges. Y por ello, los criterios para determinarlos y si la valoración del Tribunal francés es correcta también es objeto de análisis en este trabajo. Debemos objetivar los criterios a valorar para determinar la residencia habitual en las crisis familiares al igual que lo ha hecho el Tribunal en los asuntos de menores¹⁸, y tras objetivar estos criterios poder tener más claves a la hora de la resolución de futuros casos con especiales dificultades¹⁹. Dedicaremos un epígrafe de nuestro trabajo a exponer cuáles son los criterios, los que cita el Tribunal y los que a nuestro juicio deja de valorar.

9. El segundo de los aspectos que creemos que no puede analizar el Tribunal porque no se le pregunta pero que tiene gran trascendencia en las crisis familiares es el efecto del traslado del marido y de la propia crisis familiar sobre la consideración de la existencia de residencia habitual común de ambos cónyuges prevista en el supuesto “i” del artículo 3.1.a del Reglamento o si la misma ha dejado de existir. Se debe concretar cuáles son los criterios externos a valorar para considerar la aparición de una residencia diferenciada de cada uno de los cónyuges por separado, reguladas en los dos últimos apartados, “v” y “vi”. Este segundo aspecto es de gran importancia para conocer cuándo se pueden emplear ambos criterios de residencia habitual de los dos cónyuges, y en tal caso admitir la competencia de más de un Estado miembro porque el demandado y el demandante, cónyuges, han dejado de tener residencia habitual común y cada uno la tiene por separado. Como vemos, supuestos de gran complejidad habituales en las crisis familiares²⁰, que analizamos en el epígrafe IV.4 del presente trabajo.

III. Posición central del Tribunal, solo existe una residencia habitual

10. Antes de desarrollar el objeto central del fallo del Tribunal creemos oportuno detenernos, si bien sea muy brevemente, en el hecho de que el mismo resuelve inicialmente la primera petición del Tribunal de Apelaciones de París negándose a tramitar la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado contenido del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia²¹. Afirma,

¹⁷ Es decir, “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”, *vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2007, Caso C, Asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, párrafo 53. *Vid.* las especiales características de la responsabilidad parental en; A. DURÁN AYAGO, “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (directores), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 353-363, p. 360. Sobre su definición, *vid.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº 2, pp. 819-828, p. 822. En relación a la conflictividad en su ejercicio en supuestos de sustracción internacional de menores a terceros Estados, *vid.* C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS y MCP”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº 2, pp. 639-648.

¹⁸ Por ejemplo, sobre la determinación de la residencia habitual de un menor fuera de la Unión si los dos progenitores o uno de ellos reside en la Unión y el divorcio lo conoce un Tribunal de un Estado miembro, *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 104 y 105.

¹⁹ En materia de sucesiones el legislador ya aportó en los considerandos 23 y 24 del Reglamento criterios para concretar la residencia habitual. Por desgracia esta concreción nunca fue repetida en los demás instrumentos europeos posteriores. Un detallado estudio de situaciones complejas en el ámbito de las sucesiones, y en las que alguna de ellas es similar a la de este supuesto –intereses personales en un Estado miembro y profesionales en otro–, lo podemos apreciar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65-74. También los estudia recientemente L. CARRILLO POZO, “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, asunto C-80/19”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, nº1, pp. 755-766, pp. 757-758. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65-74.

²⁰ Al respecto, y en relación a la regulación del derecho italiano y francés y la residencia habitual en el Reglamento Bruselas II bis, *vid.* G. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) nº 2201/2003: note a margine delle prime pronuncie italiane”, *CDT*, octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, pp. 242-249, pp. 247-249.

²¹ DO L 265 de 29-9-2012, p. 1. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO L 265 de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO L 173 de 26.6.2013, p. 65), el 19 de julio de 2016

para ello, que estamos ante un supuesto en el que, además del hecho de que la organización de la vida de los cónyuges afectados depende de qué Estado tiene la competencia para conocer del divorcio, el órgano jurisdiccional francés no ha establecido ninguna circunstancia extra del supuesto que acredite que la naturaleza del caso exija su pronta tramitación. Consideramos que la posición del Tribunal no es la más acertada. Si bien aplaudimos que en los procedimientos de menores sí aplique la tramitación del procedimiento por el trámite de urgencia tal y como lo ha hecho en sus últimas resoluciones²², estimamos que el tribunal debería haber resuelto de otra manera acordando seguir el procedimiento acelerado.

11. Los procedimientos de familia resuelven litigios que afectan de lleno a las personas, que resuelven su estado civil y por lo tanto marcan su vida diaria, su desarrollo futuro y su libertad. La ruptura o no de un vínculo matrimonial como el del actual supuesto, de 24 años de duración y del que viven tres hijos comunes, afecta de forma esencial a la esfera más íntima de sus protagonistas. Si bien en este supuesto los hijos son mayores de edad aún están siguiendo su formación y viven en el domicilio familiar. La forma de organizar su convivencia, su futuro y quizás la repartición del patrimonio dependen del Estado de la Unión Europea que tiene competencia para conocer del divorcio. Y por esto consideramos que el Tribunal debe darles a todos estos procedimientos de crisis familiares la mayor celeridad. Porque de su resolución depende que se pueda iniciar el procedimiento y establecer medidas cautelares vigentes el mismo. En el presente supuesto la demanda de divorcio se interpuso en diciembre de 2018, la cuestión prejudicial tuvo entrada en el TJUE el 30 de junio de 2020 y la resolución se dictó del 25 de noviembre de 2021. Consideramos que tres años desde la primera demanda y un año y cinco meses en el TJUE es un tiempo extenso para que las partes deba esperar a conocer cuál es el Estado miembro competente para conocer de su divorcio, y solo a partir de dicho momento puedan iniciar el procedimiento. Debemos valorar que el legislador europeo ha considerado en el propio texto legal que aplicamos, el Reglamento Bruselas II bis, seis meses como periodo suficiente para considerar modificada la residencia habitual de uno de los componentes de la pareja si la misma se modifica respecto a la residencia anterior común al Estado de su nacionalidad. Si esto es así, en un análisis comparativo, treinta y cinco meses desde la primera demanda, o diecinueve meses de proceso en el TJUE, casi tres veces más de tiempo en el mejor de los casos, se debe considerar un periodo excesivo para que las partes conozcan el lugar competente para conocer de su divorcio, por lo que se debería haber admitido tramitar la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado²³.

1. Características de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales

12. El Tribunal solo había resuelto hasta el momento sobre la residencia habitual de los menores, y había insistido en su especificidad y en que dependían de criterios muy vinculados a su interés superior de protección, su edad y desarrollo y a su dependencia de quien ejercía la responsabilidad parental. Estos criterios se han objetivado como los de la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la

(DO L 217 de 12.8.2016, p. 69), el 9 de abril de 2019 (DO L 111 de 25.4.2019, p. 73) y el 26 de noviembre de 2019 (DO L 316 de 6.12.2019, p. 103).

²² *Cfr.*: al respecto, su última resolución sobre menores, STJUE 17 octubre 2018, C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835, párrafos 22 a 28 en los que cita los antecedentes en los que ha resuelto de igual manera en temas de menores. Sobre la misma, *vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, N° 66, año VII, enero de 2019, pp. 107-120; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el macro del Reglamento 2201/03: sentencia de 17 de octubre de 2018, UB y XB, AS. 393/18 PPU”, *CDT*, octubre 2019, Vol. 11, n° 2, pp. 462-471.

²³ Creemos que no procede entrar a analizar con más detenimiento este aspecto procesal del asunto, si bien quisiéramos dejar al menos expuesta nuestra opinión sobre la necesidad de solución de los asuntos relativos al derecho de familia con la mayor celeridad posible. Sobre los procedimientos ante el TJUE en general, podemos citar el ya clásico trabajo de Vicepresidenta del TJUE desde del 9 de octubre de 2018 al 7 de octubre de 2021, R. SILVA DE LA PUERTA.: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, Madrid, 2° edición, 1993.

permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado²⁴.

13. Esto es así por la falta de definición de la residencia habitual. Mucho ha citado la doctrina esta falta de definición²⁵ y no es discutido que el legislador europeo, de forma voluntaria, ha optado por no definir nunca la residencia habitual en ninguno de los reglamentos europeos de familia y sucesiones²⁶. Incluso, en el Reglamento Bruselas II ter, en el que se confirma la trascendencia de la residencia habitual para establecer la competencia en materia de crisis familiares y de menores²⁷, en ningún momento ha optado por aportar un concepto de residencia habitual. Y ciertamente el legislador podría haberlo hecho, ya que sí modifica alguna de las definiciones del artículo 2, actualizando las de juez y documento público, y añadiendo en el artículo 2.6 una absolutamente novedosa, la de *niño*, como persona menor de 18 años. Podemos afirmar que es una posición del legislador europeo la falta de conveniencia de aportar una definición de residencia habitual, aunque no podamos conocer su motivación para ello, ya que en ningún documento está expuesta²⁸.

14. Partiendo de la concreción de los criterios de la residencia habitual de los menores, el Tribunal reflexiona sobre la diferente naturaleza jurídica de los conflictos entre cónyuges. Los cónyuges no tienen dependencia de nadie para fijar su residencia habitual. De hecho, en los conflictos, la primera consecuencia es que la vida marital, y por lo tanto la residencia en el mismo domicilio, finaliza, trasladándose alguno de los cónyuges, o los dos, del domicilio conyugal, que con la crisis deja de serlo. Y en las rupturas transnacionales no es extraño que alguno de los cónyuges cambie de Estado, pudiendo volver, por ejemplo, a su Estado de origen, distinto del de convivencia conyugal previa²⁹. A esta circunstancia se le une la propia naturaleza de la vida de los adultos en un mundo globalizado, en el que su entorno es de naturaleza más variado que el de un niño, compuesto por un espectro significativamente más amplio de actividades e intereses; familiares, profesionales, socioculturales, patrimoniales y de más tipos, que además pueden estar localizados en distintos Estados miembros. En las crisis con menores también se producen modificaciones

²⁴ La primera resolución que los citó fue la STJUE 2 abril 2009, caso *A*, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, apartado 39. Tras ella las siguientes sentencias que resolvieron procedimientos de menores citaron los mismos criterios. *Vid.* 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*, N° 30, julio 2020, pp. 470-495.

²⁵ *Vid.* R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child Protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. LOBACH y T. RAPP, ed, *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, Heildeberg, 2021, pp. 49-90, p. 66; G. SCUDIERI, *ob. cit.*, p. 591; D. GLUHAIJA, “Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículo 8 y 9 del Reglamento (ce) 2201/2003”, *CDT*, marzo 2019, vol. 11, n° 1, pp. 751-757, p. 753; 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*, marzo 2020, vol. 12, n° 1, pp. 97-117, pp. 110; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales de un divorcio transnacional”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, N° 1, pp. 784-794, p. 787.

²⁶ Respecto a los motivos de este silencio en el Reglamento de sucesiones, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N° 19, 2015, pp. 15-35, p. 19.

²⁷ Toda vez que, en este ámbito de menores, sigue considerando que es el que mejor cumple con el principio de interés superior del menor. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional e menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol. 73/2, 2021, pp. 229-260, p. 234.

²⁸ En 62 ocasiones se nombra la residencia habitual en la propuesta de la Comisión, 56 en el texto de las modificaciones y 6 en la exposición de motivos, y en ninguna de ellas se cita la conveniencia o no de aportar una definición. Hace una aproximación a las razones la profesora Borrás en su informe sobre el Convenio de 1998, que analizamos con más detalle en el siguiente epígrafe, al que nos remitimos.

²⁹ Cita expresamente el Tribunal en el apartado 55 de la resolución que un cónyuge puede, a causa de la crisis conyugal, decidir abandonar la antigua residencia habitual de la pareja para establecerse en un Estado miembro distinto del de dicha antigua residencia y presentar allí una solicitud de disolución del vínculo matrimonial, y es perfectamente posible que lo haga sin dejar de mantener una serie de lazos sociales y familiares en el territorio del Estado miembro de la anterior residencia habitual de la pareja.

de la residencia de los mismos en los momentos cercanos a la ruptura³⁰, pero en el supuesto de crisis conyugales, es precisamente el alejamiento de alguno de los cónyuges del domicilio familiar el que siempre se produce. Y el hecho de que, si el traslado es a otro Estado miembro, estos ciudadanos estén ejerciendo el derecho a la libertad de circulación y establecimiento, le otorga a la acreditación del lugar de la residencia habitual un perfil con significado propio vinculado a la construcción de la concepción de ciudadanía europea³¹. Y es con estos condicionantes con los que debemos estudiar las singulares características de la aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis frente a la ya conocida aplicación del artículo 8³².

15. Para concretar el concepto el Tribunal nos recuerda, como lo ha hecho en anteriores ocasiones, que en las instituciones jurídicas en las que no existe una definición legal y el legislador europeo no se remite al Derecho de los Estados miembros para regularlas, se debe realizar una interpretación autónoma y uniforme del concepto en el ámbito del derecho europeo, aplicable en toda la Unión. Para ello se debe tener en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del Reglamento en cuestión, creando así un concepto autónomo del Derecho europeo. Esta definición tiene consideración propia en este derecho de ámbito supranacional diferenciado de la propia regulación que del mismo puedan tener los sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros³³. Debemos, pues, de alejarnos de esa regulación de los Estados miembros, en la que alguno de ellos sí diferencia entre dos tipos de residencia, como ocurre en el Derecho italiano, en su artículo 43 del Código Civil en el que diferencia entre residencia y domicilio³⁴, lo contrario a lo establecido en el Código Civil español que, por lo prescrito en su artículo 40, no considera la existencia de dos conceptos diferentes, asimilando domicilio a residencia habitual³⁵. Y en con estos condicionantes con los que el Tribunal ha de resolver la consulta efectuada por el Tribunal francés respondiendo si en aplicación del Reglamento, ID tiene una única residencia habitual o si puede tener varias.

2. Una única residencia habitual

16. Toda vez que esta es la primera vez que se le plantea, el Tribunal analiza el concepto de residencia habitual en la regulación de las crisis conyugales, lo que es de especial interés para ir logrando su concreción teórica y su mejor aplicación práctica futura. Inicialmente afronta el análisis textual. En él afirma que el Reglamento nunca menciona la residencia habitual en plural. En su artículo 3 establece como criterio a aplicar la residencia habitual de ambos cónyuges conjuntamente, siendo una sola. La re-

³⁰ Para el reciente análisis de dos supuestos problemáticos de traslado de menores justo en el momento de la crisis familiar, *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*, Vol. 11, 2, octubre 2019, pp. 641-651; y L. ÁLVAREZ AGOÛÉS, “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”, *CDT*, Vol. 13.2, octubre 2021, pp. 595-603.

³¹ Con ello el establecimiento de la residencia habitual como criterio de localización de la competencia judicial de los Estados miembros logra un trato igualitario de todas las personas que habitan en un mismo territorio y la no discriminación por razón de la nacionalidad, prohibida en el artículo 18 TFUE. Al respecto, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, Vol. 67/2, 2014, pp. 49-79, p. 55.

³² Analiza la aplicación de estos criterios en un supuesto de residencia habitual fuera de la Unión Europea, la aplicación de la competencia residual del artículo 14 y del derecho interno, X. ORBEGOZO MIGUEL, “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)” *CDT*, octubre 2021, vol 13, nº 2, pp. 848-854, pp. 850-852.

³³ Así lo ha establecido la Jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en la Sentencia 22 de diciembre de 2010, *caso Mercredi* Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. *Vid.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *op. cit.*, p. 824. También al respecto, y la oportunidad de la creación de conceptos autónomos de Derecho europeo en conceptos fácticos como la residencia habitual *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31.

³⁴ El precepto establece “El domicilio de una persona es el lugar donde ha establecido el lugar principal de negocios e intereses. La residencia está en el lugar donde la persona tiene su morada habitual”. Simplificando, el domicilio está más relacionado con la vida profesional y la residencia con la personal y familiar. *Vid.* I. RIVA, “Domicilio e residencia. Artt. 43-47, in II codice civile” en F. D. BUSNELLI, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1-268, pp. 39-57.

³⁵ *Vid.* C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, decimosexta edición, 2010, pp. 266-267.

sidencia de uno o del otro cónyuge si viven en distintos lugares, o incluso del hijo en el artículo 8, y nunca lo hace en plural. Incluso ante la duda es esencial el contenido textual del artículo 66 del Reglamento, que aclara la posibilidad de que en un Estado miembro haya dos ordenamientos jurídicos de ámbito civil (como los derechos forales españoles), y cómo establecer la residencia habitual, la nacionalidad, las autoridades nacionales o las normas. En el mismo afirma que en todos los casos solo se tendrá en cuenta una única residencia habitual, en concreto la de la unidad territorial en cuestión³⁶, nunca la posibilidad de que una persona tenga dos residencias habituales. Así pues, el Reglamento no previó en su aprobación, en ningún momento, la existencia de varias residencias habituales simultáneas.

17. El segundo criterio que emplea el Tribunal es el de la definición de residencia habitual que anteriormente ha aplicado a los supuestos de menores, que ya hemos citado anteriormente. Aun regulando materias diferentes, la doctrina tradicional del Tribunal sobre la residencia habitual señala que la misma debe ser estable y regular, con cierto grado de permanencia³⁷, y esta permanencia y estabilidad difícilmente puede verse plasmada en diversos lugares a la misma vez. Por otro lado, en todas las resoluciones anteriormente citadas que resuelven temas de menores, y aún con una vida algo itinerante y con cambios señalados en alguno de los supuestos, el Tribunal nunca se planteó la posibilidad de la existencia de dos residencias habituales, optando siempre por la existencia de una única residencia habitual.

18. El tercer apoyo de análisis del Tribunal, que también destacó el Abogado General, es el contenido del Informe Borrás³⁸, que remite a la definición clásica de la jurisprudencia de la institución, siempre en singular. Esta es el lugar donde el interesado ha fijado, con la voluntad de conferir un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses. Consideramos muy relevante detenernos en este informe, más de lo que lo hace la resolución analizada, por su claridad a la hora de acreditar el motivo de la falta de definición del concepto en el Convenio de 1998. En él, en su apartado 32, la Profesora Borrás señala que la existencia de dicha conexión debe ser analizada por el juez estatal. Y sobre su falta de definición, nos señala que en los trabajos preliminares se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968³⁹ en relación a la fijación del domicilio, descartando esta opción. Y, creemos que muy acertadamente, se descartó el aspecto de concreción temporal originaria del Convenio que se propuso, un año a lo largo de los cinco años inmediatamente precedentes a la demanda, y se optó por la actual indeterminación temporal en la que se debían tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de dicha residencia habitual. Posteriormente volveremos a este hecho, pero consideramos compatible mantener la falta de determinación de un periodo concreto de tiempo para considerar la existencia de la residencia habitual, con la objetivación de qué hechos constitutivos se deben valorar para determinar la residencia de unos cónyuges y cuáles para la de un menor, labor esta última respecto a los menores en la que ya ha iniciado su posicionamiento el Tribunal. Nosotros lo haremos al final de nuestro trabajo en la de los cónyuges.

³⁶ Textualmente; “Por lo que se refiere a un Estado miembro en el que se apliquen en entidades territoriales diferentes dos o más ordenamientos jurídicos o conjuntos de normas relativos a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento: a) toda referencia a la residencia habitual en ese Estado miembro se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial”.

³⁷ Por todas, apartados 44 y 51 de la Sentencia 22 de diciembre de 2010, caso *Mercredi* Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. Exponemos dicha definición y citamos su importancia para proteger el interés superior del menor en; L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la AP de Barcelona”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127.

³⁸ Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. DO 1998, C 221, p. 1. Informe disponible en; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998XG0716&from=ES>. Si bien el informe se centra en el Convenio de 1998, al no entrar en vigor, pero incorporarse su articulado y los criterios de competencia judicial internacional al Reglamento 2201/2003 que sustituyó al 1347/2000, el mismo es plenamente vigente para el estudio de los motivos que provocaron la falta de definición de la residencia habitual en la normativa europea sobre crisis familiares.

³⁹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada). DO nº C 027 de 26-01-1998 p. 1-27.

19. Otro motivo se centra en que el Reglamento no puede desligarse en su determinación para acreditar los foros competentes de la protección del ejercicio de la esencial libertad de circulación de los ciudadanos europeos que el Tribunal han asentado de continuo⁴⁰. Por ello ha permitido el ejercicio de esta libertad en las situaciones de crisis familiares estableciendo el carácter alternativo de los foros en caso de cese de la convivencia conyugal. Sin embargo, como se aprecia en todos los foros recogidos en el artículo 3 del Reglamento, están citados en singular. Los criterios son alternativos y exclusivos por lo prescrito por el artículo 6 del Reglamento, que señala que un cónyuge residente habitual o nacional en un Estado miembro sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, a 5. Como señala el Tribunal⁴¹, y estamos de acuerdo con él, el Reglamento ha instituido reglas de conflicto flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y también proteger los derechos del cónyuge que haya abandonado el Estado miembro de residencia habitual común. Pero lo hace garantizando al mismo tiempo la existencia de una conexión real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia. Así, o se admite un foro, el de los cónyuges conjuntamente, u otros en los que pueden compartirse el del demandado y el del demandante en caso de residir en Estados diferentes por haberse roto la convivencia. Pero en ambos supuestos el legislador considera la posibilidad de una única residencia habitual de cada uno de los cónyuges, nunca la de varias residencias de uno solo de los cónyuges.

20. A efectos discursivos y prácticos, y aunque no lo hace el Tribunal, sí que procede que nos preguntemos qué ocurriría si se admitiesen dos residencias habituales. Ya que no existe una definición del concepto, ¿cómo concretamos esas dos residencias? ¿Qué criterios aplicamos? ¿Podrían tener más de una residencia ambos cónyuges? Desde luego que dicha posibilidad atentaría contra la seguridad jurídica y la previsibilidad de las acciones y de la competencia de los Estados miembro, favoreciendo claramente el *Forum Shopping*. Si esto fuese así una variedad de Estados podrían ser competentes para conocer del asunto y sin una definición concreta los órganos jurisdiccionales estatales no serían capaces de pronunciarse con un mínimo de certeza sobre su competencia o la de otro Estado. En tal caso la simple estancia en un Estado miembro podría permitir el establecimiento de la competencia sin necesidad de contrastar su mayor o menor estabilidad y permanencia, permitiendo la validez de una residencia habitual y de otra que no lo es, y que podríamos calificar de eventual⁴². Este hecho atentaría claramente contra el principio de seguridad jurídica.

21. A nuestro juicio, además de favorecer la seguridad jurídica, también debemos señalar que esta solución de una única residencia habitual evita la plasmación de los peores efectos del *Forum Shopping*⁴³. La aplicación de los apartados “v” o “vi” del artículo 3 se produce cuando ya ha habido una efectiva modificación de la residencia del demandante y la ha desligado de la del demandado, y ya no tienen la misma residencia habitual. Pero en este caso el demandante solo tendrá una, y el demandado tendrá otra, dos diferentes residencias y competencias porque existen dos personas que forman parte de un matrimonio que tienen dos residencias distintas, generalmente como consecuencia de la propia crisis y en el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación. Si se admitiese que uno de los cónyuges tiene

⁴⁰ Vid. 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*, octubre 2017, Vol. 9, Nº 2, pp. 106-126; 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.

⁴¹ Apartado 33 y apartados 44 y 45 de la resolución.

⁴² O “simple”, como muy acertadamente señaló el Abogado General en el apartado 94 de sus conclusiones (la cursiva es nuestra); “Operar de ese modo no garantiza menos discusión entre las partes sobre qué residencia, entre varias, es relevante para un proceso. Más bien, *añade un nuevo factor de complejidad al debate: cada vez que una parte presentara como habituales dos o más residencias, habría que dilucidar si todas lo son en realidad. A la postre, aumentaría el riesgo de que una residencia «simple»* (y no la habitual del artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003) finalmente determine la competencia judicial internacional”.

⁴³ Una de las finalidades esenciales de los Reglamentos europeos es la de evitar el *Forum Shopping*, tal y como señala 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 de julio de 2020”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 741-754, p. 752. Sobre los peores efectos el *Forum Shopping*, vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad *Forum Shopping* y recurso de revisión: “Causa causae est causa causati”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 1051-1060.

varias residencias habituales por tener vínculos de permanencia física con algún otro Estado además de con el que tenga su relación estable y permanente, se favorecería la creación de vínculos físicos artificiales expresos que no respondan a los intereses estables y permanentes del demandante, creando otro “centro de vida e intereses” con la única finalidad de lograr la competencia de un Estado miembro que le sea favorable, o que simplemente dificulte la defensa procesal del otro cónyuge, vulnerando con ello la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁴.

22. La última consecuencia que la posibilidad de la existencia de varias residencias habituales provocaría tiene relación con las acciones accesorias a la de la disolución del vínculo matrimonial cuando proceden, esto es, las acciones por responsabilidad parental, las de alimentos o las vinculadas a la liquidación del régimen económico matrimonial⁴⁵. Si uno de los cónyuges pudiese tener varias residencias habituales a la vez se pondría en peligro el principio de previsibilidad de la jurisdicción, y la interrelación entre los instrumentos establecida por el legislador europeo⁴⁶. Se vulneraría la finalidad de la norma, la de que, por la mejor relación con las acciones, las mismas pudiesen ser conocidas por el Tribunal que más conexión guarde con cada una de ellas, quedando claramente desvirtuado este principio⁴⁷.

23. Por último, la referencia del Tribunal de Apelación francés a la existencia de un precedente y a la aplicación por analogía de lo resuelto en la sentencia *Hadidi* no puede ser admitida, toda vez que estamos hablando de criterios diferentes, la residencia habitual aquí, la nacionalidad en el caso *Hadidi*, con naturalezas jurídicas muy distintas⁴⁸. En aquél caso, ambos cónyuges poseían dos nacionalidades, la húngara de su origen, y la francesa obtenida tras su residencia en dicho Estado miembro. Y en el mismo se aplicaba el criterio de la letra b del artículo 3. Letra diferente, con criterio diferente –nacionalidad por residencia habitual–, con naturaleza jurídica muy diferente, que además exige circunstancias concretas, en especial que ambos cónyuges tengan la misma nacionalidad. En el citado supuesto, dado que ambos cónyuges tenían ambos las dos nacionalidades y en las dos coincidían, permitía que dos Estados miembros fuesen competentes, pero por la aplicación directa de dicho criterio de la nacionalidad⁴⁹. Este es un

⁴⁴ DO C 364/20, de 18 de diciembre de 2000. Si se admitiese esto se podría tener tres, cuatro, cinco... residencias habituales. Podrían ser incontables las posibles residencias habituales si una persona tuviese varios centros de intereses laborales, por ejemplo, lo que podría ocurrir perfectamente.

⁴⁵ Una de las finalidades de la reforma de Bruselas II bis por el Reglamento 2019/1111, tal y como aprecia E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *REDI*, Vol. 69, 2017, pp. 139-165, p. 164.

⁴⁶ *Vid.* apartado 40 de la STJUE 4 junio 2020, caso *FX*, asunto C-41/19, ECLI:EU:C:2020:425 o los considerandos 15 y 49 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183/1 de 8 de julio de 2016. Sobre la interrelación de la residencia habitual entre Bruselas II bis y Roma III en el ámbito de las crisis familiares, *vid.* J. GOMES DE ALMEIDA, “O favor divortii e os seus limites no regulamento Roma III: comentário ao acordao do tribunal de justicia da uniao europeia de 16 de julho de 2020, JE contra KF, C-249-19, EU:C:2020:750”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, nº1, pp. 874-886, p. 884; R ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, *ob. cit.*, p. 54.

⁴⁷ Y también con ello se desvirtuaría la correlación *forum-ius* que consagran varios instrumentos europeos (conclusiones 89 y 90 del escrito del Abogado General). Cobra especial trascendencia del principio de conexidad en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en las acciones de responsabilidad parental; *vid.* M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un nuevo proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/111”, *REDI*, Vol. 72/2, 2020, pp. 143-162, p. 155. Sobre la estrecha relación entre Bruselas II bis y Roma III por regular ambos las crisis familiares, *vid.* M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Plurinacionalidad y autonomía de la voluntad den el ámbito de la ley aplicable al divorcio”, *REEI*, nº 38, diciembre 2019, pp. 1-28, p. 20. Sobre la relación entre Bruselas II bis y el Reglamento de alimentos, *vid.* M. J. Sánchez Cano, “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”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº2, pp. 913-924, pp. 917-920.

⁴⁸ Sobre la interrelación entre ambos criterios y la diferencia de su naturaleza jurídica, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, marzo 2010, Vol. 2, Nº1, pp. 186-202.

⁴⁹ Y esto ocurre, porque en el apartado 55 de la citada resolución en Tribunal optó descartar la aplicación de la “nacionalidad efectiva”, admitiendo la aplicación de las dos por dos motivos. El primero, porque el artículo 3 del Reglamento no exige la condición de nacionalidad “efectiva” para que sea aplicada (en el artículo 22.1 segundo párrafo del Reglamento de sucesiones, de hecho, el legislador europeo admite la elección de cualquiera de las nacionales que disfrute la persona de forma expresa, aunque por la aplicación del derecho nacional no sea su nacionalidad efectiva). La segunda, porque admitir únicamente la

criterio objetivo, jurídico, documentalmente acreditable. Nada tiene que ver con la residencia, criterio de hecho, fáctico, que debe ser acreditado por circunstancias de hecho. En la nacionalidad interviene el Estado, no la simple voluntad del sujeto. Su aplicación ni provoca inseguridad jurídica, ni favorece el *Forum Shopping*, ni debe ser interpretado por los Tribunales más allá de la legalidad de la documentación que lo acredite. Por ello su aplicación analógica a este supuesto no puede ser admitida.

3. Consecuencias prácticas

24. Esta posición del Tribunal concreta a futuro que por residencia habitual conjunta de los cónyuges deberemos entender aquella que ambos tienen y en la que comparten la vida en común, y que solo podrán tener una. No se podrá entender que tienen varias residencias habituales, aunque vivan de forma alterna en varios Estados. Si se da la residencia conjunta podremos aplicar la letra “i” del artículo 3.1.a aunque uno de los cónyuges tenga una vida algo más itinerante que el otro, y aun así solo se podrá entender que existe una residencia habitual de la pareja considerada como tal. Hasta ahora no habíamos contado con ninguna resolución del Tribunal de Justicia que nos concretase este hecho. Una pareja que convive de forma habitual tiene una sola residencia habitual, aunque no pueda hacerlo de manera permanentemente habitual porque alguno de los cónyuges se desplace por motivos profesionales o personales. Y esta será la residencia que deberemos tener en cuenta para conocer la competencia de un Estado miembro en caso de crisis familiar. No se podrá argumentar en ningún caso que la pareja tiene varias residencias habituales a la vez⁵⁰.

25. La segunda de las consecuencias es que esta residencia conyugal puede dejar de existir en el momento en el que la pareja sufra la crisis matrimonial, y uno de los cónyuges traslade de forma efectiva su vida a otro Estado. En este momento la residencia de la persona que queda en el lugar en el que fue conyugal pasa a ser su residencia personal y competencia como el último lugar de residencia habitual de los cónyuges ya que ese cónyuge sigue residiendo allí –letra “ii” del artículo 3.1.a- y será su residencia habitual como posible demandado si no cambia de lugar de residencia –letra “iii” también aplicable en dicho supuesto-. Y la residencia de ese miembro de la pareja será compatible con la existencia de otra residencia habitual del otro miembro, que podrá ser distinta si se traslada de Estado miembro, pero que solo podrá ser una independientemente de la mucha o poca estabilidad que tenga ese miembro de la pareja que se ha desplazado. Si este cónyuge tiene una vida algo itinerante se deberán analizar la totalidad de sus circunstancias para conocer cuál es su residencia habitual, circunstancias que analizaremos en el epígrafe IV de nuestro trabajo⁵¹.

IV. Concretando el concepto para el futuro, completamos la sentencia del TJUE

1. Centro habitual de vida e intereses del cónyuge, los elementos a valorar

26. El Tribunal de apelación francés únicamente preguntó sobre si un cónyuge puede tener dos residencias habituales en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. En ningún momento consulta por

efectiva exigiría tomar en consideración toda una serie de circunstancias que no siempre conducirían a un resultado claro dañando la seguridad jurídica, lo que sería contrario al objetivo consistente en facilitar la aplicación del Reglamento nº 2201/2003 mediante la utilización de un criterio de conexión sencillo y unívoco.

⁵⁰ Esta consecuencia provoca que surja la duda de dónde se puede considerar que se concreta la residencia habitual de una pareja que tiene una vida permanentemente itinerante, sin que se asienten en ningún lugar. Nómadas sociales o digitales que están en continuo movimiento durante años sin asentarse en ningún Estado miembro concreto. En este caso opinamos que se deberá entender que tienen una sola residencia habitual, que coincide con el Estado de permanencia de la pareja en cada momento.

⁵¹ Debemos tener muy en cuenta que, al igual que en la nota anterior, los supuestos y distintos tipos de vida de los ciudadanos que pueden ejercer su libertad de circulación en la Unión puede provocar una gran variedad de supuestos diferentes. Ciudadanos que tienen varios domicilios profesionales en los que alternan su vida sin que hayan rehecho una vida familiar concreta. Ciudadanos con una vida itinerante sin volver al mismo lugar. Ciudadanos que rehacen su vida en un determinado lugar con otra pareja, pero siguen trabajando en el Estado de residencia conyugal anterior. Y así una gran cantidad de supuestos.

los criterios para concretar dicha residencia habitual. Tal y como hemos citado anteriormente, el tribunal remitente considera que la residencia familiar desde 1999 está en Irlanda, y no tiene dudas sobre ello, y cree que esta se conjuga con una residencia profesional durante más de seis meses en el Estado miembro del que es nacional, Francia. Por esto consulta si existen dos residencias. Una vez que el TJUE ha aclarado que solo puede haber una residencia habitual aplicando el concepto clásico del centro habitual de vida e intereses que asentó desde su primera resolución, la Sentencia 15 septiembre 1994, caso *Magdalena*⁵², podía haber dejado ahí el asunto. Damos por hecho que el Tribunal francés, a los efectos de resolver el divorcio, acudiría a la concreción de la residencia familiar que ha admitido en su resolución, Irlanda, ya que el ámbito de aplicación de Bruselas II bis es el derecho de familia, no a la residencia que consideraba profesional, no regulada por el citado instrumento jurídico.

27. Sin embargo, el TJUE, en los apartados 57 a 61 de su resolución va más allá, y concreta cuáles son los dos criterios esenciales a valorar para determinar la residencia habitual y se manifiesta sobre cuál es la residencia concreta en este supuesto⁵³. Y creemos que lo hace, tal y como veremos, porque considera que tribunal francés ha errado en su valoración de dónde se encuentra la residencia habitual del demandante⁵⁴. Y por ello entra a concretar, si bien lo hace muy brevemente, los criterios que se debe aplicar para resolver este supuesto. Nosotros no estamos de acuerdo con su parecer final y su aplicación práctica en relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, lo que expondremos en el epígrafe IV.5. Veremos que el TJUE cree que la residencia estaba en Francia, a donde IB había cambiado su residencia profesional. Aunque disintamos de su posición, la argumentación del Tribunal nos es especialmente útil para analizar de cara a futuro cuáles son los criterios a aplicar para determinar la residencia habitual en las crisis familiares europeas. Con esta argumentación, aunque quizás con finalidades diferentes, el Tribunal continúa su línea iniciada en la STJUE 28 junio 2018, caso *HR*⁵⁵, en la que sí estableció qué criterios se debían entender en aquel caso para establecer la residencia habitual y cuáles no, lo que no ha hecho con posterioridad⁵⁶. Aprovechamos dicha parte final de la resolución para analizar “ese algo más” que la misma nos aporta. Estudiar cuáles son los criterios para establecer la residencia habitual de los cónyuges y cómo podríamos aplicarlo a futuro en una posible definición de la misma. La resolución nos habla de dos criterios fundamentales, el subjetivo y el objetivo⁵⁷.

2. Elemento subjetivo, la voluntad del cónyuge

28. El primero de los criterios es el elemento subjetivo, esto es, la voluntad del sujeto de fijar su residencia habitual en un lugar determinado, diferente al de la anterior residencia conyugal. El Tribunal lo define como “el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar

⁵² Asunto C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332. En su apartado 22 estableció que la residencia habitual se ha de considerar en el lugar que suponga el “el centro habitual de vida e intereses de un sujeto”, en una definición clásica que ha seguido el resto de la Jurisprudencia y la doctrina en los temas de menores anteriormente citada.

⁵³ Algo ciertamente extraño en su trayectoria. El TJUE, como órgano “interpretador” de la norma europea, no suele señalarle al Tribunal nacional, tan claramente como lo ha hecho en esta resolución, su posición final sobre el asunto de fondo. En este caso dónde cree que se localiza la residencia habitual de IB.

⁵⁴ El Abogado General no entró en esta materia y no nos aportó ni los criterios a aplicar ni su visión concreta sobre dónde residía IB. Optó por señalar en sus últimas conclusiones, de la 95 a la 100, qué ocurriría si de todas las circunstancias del caso no fuese posible identificar ninguno de los dos Estados miembros como el de su residencia habitual y señaló que se determinara por otros criterios del Reglamento o por los residuales en vigor en el derecho nacional del Estado miembro. El Tribunal parece que no quiso dejar esta espita abierta y, a nuestro juicio acertadamente, aportó más datos para determinar los criterios para establecer la residencia habitual de una persona, optando por evitar considerar que puede ser imposible concretarla.

⁵⁵ Asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

⁵⁶ La estudiamos con detalle en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, XVIII, 2018, pp. 469-498, pp. 483-484.

⁵⁷ Si bien no son en absoluto situaciones o instituciones jurídicas asimilables desde luego que estos dos conceptos nos recuerdan a los dos elementos de la residencia habitual regulados en el artículo 40 de nuestro Código Civil. Al respecto, *vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, op. cit.*, p. 268.

específico⁵⁸. El Tribunal no concreta cómo se plasma dicho deseo. Para nosotros, esta voluntad se debe llevar a cabo con la existencia de signos externos que reflejen la firme voluntad de uno de los miembros de la pareja de modificar su estatus personal anterior en relación a su vida conyugal –recordemos, ámbito de aplicación del artículo 3 de Bruselas II bis-. El decidido deseo de esa parte de la pareja de concretar sus intereses personales en lo relativo a la familia en algún lugar concreto, que para que pueda suponer la acreditación de la competencia diferente a la anterior en la vida conyugal y con ello la aplicación de las letras “v” y “vi” del artículo 3.1.a, y no de la letra “i”, debe ser necesariamente un lugar diferente en el que se ha desarrollado la vida conyugal anterior. Con ello el sujeto habría decidido modificar su estatus familiar.

29. Creemos que esos son los aspectos que debemos analizar en el futuro. Cuando una parte afirme la existencia de la residencia habitual en un determinado lugar, ha de haber acreditado, con actos propios, su voluntad de situar el ámbito de vida estrictamente personal y familiar en dicho Estado miembro. Si el demandante manifiesta que su residencia habitual vigente el matrimonio ha cambiado, este hecho debe poder acreditarse de alguna manera. Por ejemplo, que sus relaciones familiares hayan dejado de desarrollarse en el Estado de la anterior convivencia. Que el tiempo, las actividades, el tipo de vida que llevaba anteriormente en el Estado miembro de convivencia común hayan sido modificadas por su voluntad. Esto es compatible, como señala el Tribunal, con que sea habitual, y hasta lógico, que siga manteniendo algunos lazos con el anterior Estado miembro, ya que tendrá en él quizás familiares –sus hijos u otros familiares-, negocios o amigos. Sin embargo, de los signos externos debe desprenderse que la vida conyugal no sigue desarrollándose en el Estado anterior. Podrá volver a él, pero deberá analizarse dónde reside en cada momento y con qué intención⁵⁹.

3. Elemento objetivo, la presencia física con estabilidad

30. En cuanto al aspecto objetivo, el Tribunal señala que el mismo se plasma en “la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate”⁶⁰. Este hecho está en consonancia con la Jurisprudencia del Tribunal que ya ha señalado que sin presencia física en un Estado miembro no se puede afirmar que un menor tenga residencia habitual en dicho Estado⁶¹. La presencia física es imprescindible para considerar que existe residencia habitual. Sin esa presencia en un Estado miembro, uno de los miembros de la pareja no tiene residencia habitual en el mismo. Por lo tanto, si un cónyuge abandona un Estado miembro durante seis meses y vive en otro, ya podríamos admitir la valoración de que se encuentra en el caso del “vi” del artículo 3.1.a si es nacional de dicho Estado. Debemos valorar que, tal y como ha citado el Tribunal y hemos destacado anteriormente, en el mundo globalizado actual y en el marco europeo en el que la libertad de circulación y de trabajo son derechos esenciales en la construcción europea, es perfectamente posible que los ciudadanos europeos puedan tener presencia física con cierta estabilidad en varios Estados miembros. Personas que por motivos profesionales o personales viven unos meses en un Estado y otros en otro⁶². O profesionales que como el de nuestro supuesto pasan los días laborables en un Estado y todos los días festivos en otro. A esto

⁵⁸ Apartado 57 de la resolución.

⁵⁹ Es posible incluso que, por motivos económicos, de disponibilidad o de simple comodidad pueda volver a permanecer algún tiempo breve en la vivienda que compartió anteriormente con su familia, pero debe haber signos externos que acrediten que esta no es una vida familiar “conyugal” común.

⁶⁰ Apartado 57 de la resolución.

⁶¹ *Vid.* al respecto, dos resoluciones sobre menores, STJUE 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436, párrafo 70, y la STJUE 17 octubre 2018, caso *PPU*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835, párrafos 22 a 28 en los que cita los antecedentes en los que ha resuelto de igual manera en temas de menores. Sobre la última de las resoluciones, *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia...”, *ob. cit.*, pp. 462-471. También la analizamos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 66, año VII, enero de 2019, pp. 107-120.

⁶² En el ámbito de las sucesiones se aprecia en europeos del norte jubilados que pasan temporadas al año en sus países de origen –generalmente el verano- y otras temporadas en España –generalmente el invierno-.

se le debe sumar, en esta situación de pandemia, aquellos profesionales que teletrabajan y que lo hacen desde sus Estados de origen. En todos estos supuestos en los que hay presencia física en varios Estados, el aspecto subjetivo, es decir, la voluntad de situar el centro habitual de vida e intereses conyugales y familiares en un determinado Estado miembro a los efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis será el elemento clave a valorar para concretar dónde está la residencia habitual de los cónyuges, y saber si la misma es conjunta o no.

31. En este supuesto se produce la estancia física del demandante en dos Estados. 5 días a la semana vive en Francia trabajando y 2 días a la semana vive en Irlanda a donde vuelve al que ha sido anteriormente su hogar familiar. En esta situación debemos analizar cuáles son los criterios que valoramos con mayor intensidad. Y creemos que lo son el subjetivo y el ámbito de aplicación concreto de la norma europea que estemos aplicando. Sobre ello volveremos en el epígrafe IV.5.

4. Complementos de los criterios, lo que falta por concretar

32. Los dos criterios aplicados conjuntamente son una buena piedra de toque y punto de partida para concretar cuál es la residencia habitual de un sujeto. Si unimos el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar específico junto a la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate, podemos concretar cuál es el sitio en el que querrá establecerse. Sin embargo, creemos que estos dos criterios por sí solos son incompletos, toda vez que no están relacionados con el instrumento jurídico europeo que estamos aplicando y con su ámbito de aplicación. En lo relativo a las crisis familiares internacionales creemos que debemos llevar a cabo una concreción mayor que termine de cerrarse sobre el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis que estemos tratando⁶³. No es lo mismo analizar el Reglamento de sucesiones, para el que el legislador nos ha dotado de unos criterios concretos en sus considerandos 23 y 24⁶⁴, y que tiene un ámbito de aplicación muy concreto, que los Reglamentos de Regímenes económicos familiares⁶⁵, que la regulación en Bruselas II bis de las crisis matrimoniales o la de menores, o que el Reglamento de alimentos⁶⁶. El lugar en el que la persona quiere fijar sus intereses y la presencia física con estabilidad en dicho territorio servirían para analizar la residencia habitual en todos y cada uno de ellos, y creemos que, precisamente siguiendo la doctrina del TJUE, es imprescindible dar un paso más y concretar los criterios a valorar en relación a la naturaleza y ámbito de aplicación de cada uno de los Reglamentos⁶⁷. Desde luego que

⁶³ Vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *ob. cit.*, p. 788.

⁶⁴ Vid. I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *In-Dret*, abril 2013, pp. 1-58, p. 15. Para analizar su aplicación práctica en situaciones complejas, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante... *op. cit.*”, pp. 65-74. Expusimos lo excepcional y acertado de dicha concreción en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Labor pasada y futura del TJUE en la búsqueda de la aplicación autónoma y uniforme del Reglamento (UE) de sucesiones”, *RGDE*, n° 55, 2021, pp. 99-146, pp. 136-140.

⁶⁵ Un detenido estudio sobre los mismos del negociador por España de los Reglamentos, el profesor RODRÍGUEZ BENOT, puede ser consultado en; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, N° 1, pp. 8-50.

⁶⁶ Lo mismo resalta el Abogado General en los apartados 38 a 45 de sus conclusiones.

⁶⁷ Sobre los criterios para concretar la residencia habitual de un menor en supuesto reciente, M. CASADO ABARQUERO analiza no solo la voluntad y la estancia, sino también, en el caso del menor, los otros aspectos que el TJUE ha señalado a valorar, en concreto la integración en el Estado miembro y su entorno familiar. Vid. M. CASADO ABARQUERO, “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”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 704-713, p. 712. Misma ampliación y concreción de los criterios subjetivo y objetivo realiza G. CAMPIGLIO, *ob. cit.*, pp. 247 y 248. Nosotros estimamos que en las crisis familiares hay que estudiar la voluntad y la permanencia, y también los signos externos de la vida familiar. Podemos apreciar la conflictividad de la determinación de la residencia habitual en menores en la variada conflictividad que supone, por ejemplo, entre muchos trabajos que lo analizan, vid. A. DURÁN AYAGO, “¿Pueden los Tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, N° 1, pp. 825-831, p. 829; 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 n° 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, N° 1, pp. 870-876, p. 874-876.

este es un reto apasionante de la aplicación práctica de los instrumentos legales europeos, no exento de dificultad, pero especialmente necesario para su correcta aplicación⁶⁸.

33. Y concretando los criterios a valorar en el supuesto de la determinación de la residencia habitual en las crisis familiares y la existencia de una residencia habitual conyugal común o no, se debería analizar la existencia de una vivienda familiar común que compartan los cónyuges en la que también residan los hijos y la estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella. Por otro lado, el lugar en el que se encuentran los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma o en los últimos momentos de la vida en común. Para ello se deben analizar el tiempo y el lugar de residencia de los cónyuges en el mismo lugar mientras el matrimonio desarrollaba su convivencia, y el tiempo de vida en común con los hijos del matrimonio. Un tercer factor es el posible motivo de la vida de la pareja en lugares diferentes y la razón de los traslados, que pueden ser voluntarios o impuestos. También deben ser valorados, aunque no de forma principal respecto a los sociales y personales, los intereses patrimoniales de la pareja que desde luego tienen trascendencia en la configuración de una vida en común. Otros criterios menos importantes son la nacionalidad de todos los miembros de la familia, el idioma común que hablan unido quizás al lugar de residencia, y sus lazos personales y familiares con otras personas⁶⁹.

34. La comprobación y aplicación de estos criterios son los que facilitarán que podamos considerar que los cónyuges siguen teniendo una residencia habitual “común”, “residencia habitual de los cónyuges” del 3.1.a “i” del Reglamento, o que ya no la tienen porque el tiempo de convivencia en dicho lugar sea mínimo o porque existen motivos que acreditan la crisis familiar y la separación afectiva y efectiva entre ambos. Y esto es compatible con el hecho de que el miembro de la pareja que ha cambiado de residencia pueda volver en periodos concretos al Estado miembro de la anterior convivencia común, toda vez que en él a buen seguro podrá tener vínculos personales que lo motiven. Sin embargo, si estos vínculos no son los maritales y afectivos, podremos considerar que el cónyuge que se ha desplazado a otro Estado miembro ha adquirido una nueva residencia habitual, que será la “residencia habitual del demandante” –letras “v” y “vi” del artículo- diferenciada de la del otro cónyuge posible “demandado” –letra “iii”-, en la que ya se deberá valorar cuánto tiempo lleva en la misma y si es nacional de ese Estado o no para saber si dicho Estado miembro adquiere la competencia judicial internacional.

5. Por qué disentimos con el parecer del TJUE

35. El Tribunal de Justicia, tras señalar los dos criterios que hemos estudiado en los epígrafes IV.2 y IV.3, y si bien remite a la valoración fáctica final al Tribunal de Apelación francés⁷⁰, señala que considera que la estabilidad del traslado del demandante a Francia motiva que se pueda valorar que su

⁶⁸ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en V. RUIZ ABOU-NIGH and M.B. NOODT-TAQUELA, ed, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edimburg University Press, Edimburgo, 2019, pp. 65-82, pp. 77-79.

⁶⁹ Pocos trabajos han afrontado este mismo análisis respecto a los criterios o indicios concretos a valorar en las crisis familiares internacionales. Uno de ellos, especialmente detallado y que recomendamos, pero centrado en la ley aplicable por lo que no nos detenemos en él es el de 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”, *CDT*, marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, pp. 52-85, p. 74. En la doctrina comparada, un interesante estudio práctico que analiza cómo considerar la residencia habitual de un menor en la interpretación de la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores lo podemos consultar en T. VIVATVARAPHOL, “Back to basics: determinig a child’s habitual residence in International child abduction cases under the Hage Convention”, *77 Fordham L. Rev.*, 3325, 2008-2009, pp. 3325-3369. Realiza un meritorio repaso de numerosos casos y aporta un apéndice muy aclarador. También lo analiza recientemente en la sustracción internacional de menores, I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, nº1, pp. 877-888.

⁷⁰ Apartado 61 de la Sentencia.

residencia habitual esté situada en dicho Estado⁷¹. Sin embargo, disentimos de dicha valoración. Demos por probados los hechos que ha señalado el tribunal descritos en nuestro epígrafe II.1 y que reiteramos resumidamente por su trascendencia para nuestro análisis crítico en este momento. La pareja vive unida en el mismo domicilio familiar desde 1999 en Irlanda. Tiene tres hijos mayores de edad en periodo de formación que siguen viviendo en ese mismo domicilio. Viven en una vivienda propiedad de los cónyuges. Desde mayo de 2017 el marido, de nacionalidad francesa, se traslada los días laborables de la semana a Francia. Supongamos que de lunes a viernes. Vive en régimen de precario en un apartamento propiedad de su padre. No ha comprado vivienda en Francia. Trabaja en Francia, pero todos los viernes vuelve al hogar que ha sido siempre familiar y convive con su mujer y sus tres hijos en las actividades lúdicas propias de la convivencia familiar —el Abogado General cita ocio y actividades deportivas en su apartado 10 de sus conclusiones—. Mantiene dicha dinámica de vida desde mayo de 2017 hasta diciembre de 2018, fecha en la que inicia el procedimiento de divorcio. En septiembre de 2018 los cónyuges deciden divorciarse y para ello consultan, conjuntamente, un abogado en Irlanda, no en Francia. De septiembre a diciembre no cambia la citada dinámica, e incluso el marido pasa las vacaciones navideñas de 2018 en Irlanda con su mujer e hijos.

36. El Reglamento Bruselas II bis tiene como ámbito de aplicación la materia matrimonial⁷², y regula especialmente la relación entre los cónyuges y con sus hijos⁷³. Además, el Reglamento se centra en la disolución del matrimonio, los aspectos civiles de derecho de familia, sin ocuparse en las consecuencias patrimoniales del mismo⁷⁴, para lo que existe otro instrumento legislativo con un ámbito material diferente, ya citado en este trabajo, el Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, que regula la competencia, la ley aplicable y la ejecución de resoluciones en el ámbito económico matrimonial también relativas a su disolución. Sentados estos aspectos consideramos que, si bien en el aspecto objetivo de los criterios a valorar es cierto que la permanencia física del demandante se distribuía entre dos Estados, Francia entre semana para trabajar e Irlanda el fin de semana para convivir con su esposa e hijos, en relación al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, el aspecto subjetivo, el de la voluntad del demandante de establecer su centro permanente de vida e intereses conyugales y familiares no había cambiado y para nosotros seguía situado en Irlanda, no en Francia. Esto es compatible con la existencia de intereses profesionales en Francia, pero creemos que los más personales de su relación familiar seguían vigentes en Irlanda. Ya hemos señalado que el legislador huyó de establecer la residencia habitual atendiendo a un criterio meramente temporal que en nuestro caso serían los días de la semana en los que una persona está en un Estado miembro (véase informe Borrás). Si fuese así nos limitaríamos al aspecto objetivo y el demandante estaba 5 días en Francia y 2 en Irlanda y se consideraría au-

⁷¹ Debido a nuestro disenso, y a lo excepcional de que el Tribunal se haya expresado sobre ello con tanta claridad exponemos lo reflejado por el mismo de forma textual sin otro aditamento. La cursiva es nuestra. Apartado 59; “En el caso de autos, como se desprende del expediente de que dispone el Tribunal de Justicia, ha quedado acreditado que IB, nacional del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional nacional que le remitió, cumplía el requisito de residencia en el territorio de dicho Tribunal. Estado miembro al menos seis meses inmediatamente antes de la presentación de su solicitud de disolución del matrimonio, de conformidad con el artículo 3, párrafo 1 a), sexto guion del Reglamento 2201/2003. También se establece que IB ejerció, durante la semana, de manera duradera y estable, desde 2017, una actividad profesional de duración indefinida en Francia, en cuyo territorio ocupó un apartamento a los efectos del ejercicio de dicha actividad”. Apartado 60; “Estos elementos tienden a mostrar que la estancia de IB en el territorio de ese Estado miembro es de naturaleza estable y también permite revelar, como mínimo, una integración de la persona en cuestión en un entorno social y cultural dentro de ese Estado miembro. Estado miembro”.

⁷² Considerando 3.

⁷³ Considerando 4 a 6.

⁷⁴ Considerando 8 del Reglamento. *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, 18ª edición, 2018, Vol. II, p. 231; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 5ª edición, 2019, p. 149; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 10ª edición, 2018, p. 467; C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO y J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 15ª edición, 2021, p. 498, destacan con claridad que el Reglamento solo se ocupa de la disolución del matrimonio, y no a sus consecuencias patrimoniales; O. LUDEÑA BENÍTEZ, “El Derecho de Familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, pp. 1-44, pp. 13-15.

tomática y matemáticamente su residencia en Francia. Creemos que en la valoración de los dos criterios que señala la norma le debemos dar más preferencia al criterio subjetivo relacionado con el ámbito de aplicación del Reglamento (vida familiar voluntaria cada fin de semana), que al objetivo no relacionado con dicho ámbito de aplicación (vida profesional durante la semana)⁷⁵. A los efectos del Reglamento lo trascendental es dónde desarrollaba el demandante su vida personal, familiar y conyugal, y si había roto o no la que llevaba con anterioridad al traslado en mayo de 2017. Y consideramos que este hecho no ocurrió⁷⁶. Para nosotros, del análisis conjunto de todos los factores acreditados por elementos tangibles o signos externos, el demandante no había decidido modificar su centro de vida e intereses personales y familiares, lo que hubiese pasado si las visitas a Irlanda en los seis meses previos a la presentación de la demanda hubiesen sido espaciadas y puntuales, o si no hubiese ido todos y cada uno de los fines de semana y las vacaciones de navidad de 2018. Sí modificó sus intereses profesionales y económicos, pero creemos que estos ceden ante los familiares en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis en la regulación de las crisis familiares. Por ello disentimos del parecer del Tribunal, y creemos que la residencia habitual de IB a los efectos del Reglamento Bruselas II bis estaba en Irlanda⁷⁷.

V. Propuesta a futuro, ¿cómo no seguir apostando por la concreción del concepto?

37. Vistas así las cosas, cabe que nos preguntemos si es necesario abogar por la construcción de un concepto de residencia habitual conyugal común o de cada uno de los miembros de la pareja por separado en las crisis familiares, en la intención de facilitar la aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis. Afirmamos claramente que a nuestro juicio sí es necesario, y esta misma resolución lo acredita. Los operadores jurídicos y los ciudadanos necesitan actuar con seguridad jurídica, y vivimos en un mundo cada vez más global y cambiante, que ha pasado del mundo líquido de Bauman al gaseoso⁷⁸. Tal y como dice el Tribunal, las personas tienen habitualmente vínculos con diversos Estados en el mismo momento de su vida, y no todos esos vínculos están unidos a la misma relación jurídica. El hecho de que no exista una definición de la institución provoca dificultades teóricas y prácticas para aplicar el concepto. Lo apreciamos en los retrasos en el acceso a la justicia y con ello una peor tutela judicial efectiva, la posibilidad de que aparezca el *Forum Shopping* con la única finalidad de alargar los procesos, lo que en los asuntos de crisis familiares perjudica habitualmente al cónyuge más débil o más desfavorecido económicamente⁷⁹. También podemos evitar situaciones de litispendencia ante la

⁷⁵ Un interesante trabajo sobre cuándo debe prevalecer el aspecto objetivo y cuándo el subjetivo en la concreción de la residencia habitual en las crisis familiares europeas lo vemos en G. SCUDIERI, *ob. cit.*, pp. 618-627.

⁷⁶ Creemos que la misma apreciación de prevalencia de los aspectos personales y familiares frente a los profesionales se puede desprender de las conclusiones del Abogado General 61 y 62 que por su trascendencia citamos textualmente (la cursiva es nuestra); “61. La noción sobre la que descansan los foros del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 2201/2003: Corresponde al centro de intereses vitales del individuo, *reputando por tales los relativos a la vida social y familiar*. La localización de intereses profesionales y patrimoniales contribuye a identificar ese centro; sin embargo, *estos factores no pueden desvirtuar el peso de los personales por sí solos, cuando su ubicación geográfica no coincida*. Supone, en principio, la estancia (y no la mera presencia) del individuo en un lugar, de forma cualificada: bien porque sea permanente, bien porque posea cierta regularidad o constancia, de manera que se den las condiciones para una integración real en el entorno social. 62. La caracterización de una estancia como «residencia habitual» de un adulto *no depende en todo caso del transcurso de un determinado tiempo*. Tampoco, de que, durante ese tiempo, se consolide la proximidad geográfica objetiva entre el sujeto y el órgano jurisdiccional que conoce del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial”.

⁷⁷ Ciertamente es que el Abogado General también cita en su conclusión 69 criterios como el Estado de origen, la nacionalidad, el trabajo o la cultura, pero creemos que en este supuesto estos son secundarios a la relación familiar o la vivienda en propiedad.

⁷⁸ Vid. A. HOYO, *La sociedad gaseosa*, Plataforma Actual, Barcelona, 2017; C. SCOLARI, “Adios sociedad líquida, bienvenida sociedad gaseosa”, agosto 2021, disponible en; <https://hipermediaciones.com/2021/08/13/adios-sociedad-liquida-bienvenida-sociedad-gaseosa/>.

⁷⁹ El retraso en el inicio del proceso por desconocimiento de la competencia judicial internacional prohíbe la adopción de medidas cautelares sobre pensiones alimenticias o sobre disposición conjunta del patrimonio familiar, que seguirá gestionado por el cónyuge más pudiente, generalmente el marido. Sobre las dificultades que esta falta de definición provoca, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111... *ob. cit.*, pp. 109-111; y en el ámbito de menores, A. DEL SER LÓPEZ y 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”, *Aranzadi Unión Europea*, n.º 19, octubre 2019,

apertura del procedimiento en dos Estados miembros de forma consecutiva⁸⁰. Tengamos en cuenta que, tal y como hemos visto en este proceso, los Tribunales que dudan de su competencia ni siquiera entran a aplicar medidas cautelares y dejan la situación conyugal “congelada” hasta el conocimiento de la competencia judicial internacional.

38. A favor de establecer esta definición⁸¹ incidiremos en que existen instituciones jurídicas en las que este concepto único y autónomo para todo el ámbito europeo puede no ser oportuno, como en las de naturaleza esencialmente jurídica y que presentan dificultades de armonización en su aplicación en los distintos Estados miembros. Sin embargo, en las instituciones de naturaleza fáctica de gran trascendencia práctica como la residencia habitual y un evidente perfil europeo diferenciado de los perfiles nacionales, crear un concepto autónomo es especialmente eficaz y necesario⁸². En los temas de crisis familiares, de regímenes matrimoniales, de sucesiones o de menores⁸³. Su componente fáctico provoca que sea un concepto difícil de concretar⁸⁴, pero creemos que es factible, tal y como hemos propuesto en este trabajo, sin concretarla en un determinado periodo de tiempo⁸⁵, sino en las circunstancias, motivaciones y características de la residencia que se deben valorar, tal y como hicimos en el epígrafe IV.4.

39. Esta definición proyectaría la seguridad jurídica desde su configuración teórica a la resolución de los casos prácticos concretos. Permitiría el mejor disfrute de los ciudadanos del derecho a la tutela judicial sin retrasos indebidos⁸⁶ dando más herramientas a los operadores jurídicos para intentar evitar, como por ejemplo en este supuesto, el paso de diecinueve meses desde el inicio del procedimiento ante el TJUE hasta la resolución, o el de tres años desde la primera demanda de divorcio presenta el 28 de diciembre de 2018 hasta la resolución final del proceso en el TJUE el 25 de noviembre de 2021 y con ello el inicio en el Tribunal nacional competente⁸⁷. Esta definición no debe ser una definición cerrada, cuantitativa, pero sí debe ser indicativa de las circunstancias y características de hecho que debe tener la convivencia conyugal para establecer la residencia habitual común de los cónyuges, o por el contrario la residencia de cada uno de ellos por separado. Parte de la doctrina se ha postulado contra esta opinión⁸⁸ y también hay voces que, siendo contrarias a que se cree un único concepto de residencia

pp. 49-74, pp. 57-61; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/111”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12 N° 2, pp. 706-723, p. 710.

⁸⁰ Sobre las especificidades de los problemas de litispendencia en las crisis matrimoniales europeas, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitarias” *REEI*, diciembre 2019, n° 38, pp. 1-80.

⁸¹ Con más detalle en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo... *ob. cit.*, pp. 487-491.

⁸² Ya citamos que así lo opina expresamente S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 30.

⁸³ Centrado en los menores opina que este es un concepto autónomo J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 305-323, p. 315, sin que se pronuncie sobre si esa falta de definición es un defecto del Reglamento o no.

⁸⁴ Lo destaca P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 17.

⁸⁵ Opina que sería oportuna su definición E. CLIVE, “The concept of Habitual Residence”, *Juridical Review*, 1997, pp. 137-143. Afirma que en el caso de los matrimonios se puede entender que la Jurisprudencia establecía un año como el tiempo para determinar la residencia habitual de la pareja (p. 137). No estamos de acuerdo en que la determinación de un determinado periodo de tiempo sea una solución plausible.

⁸⁶ De la misma opinión es R. LAMONT, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, octubre 2007, Vol. 3 No. 2, pp. 261-281, p. 274. También ZHANG afirma que la falta de definición del concepto es un defecto de los diversos tratados internacionales que analiza en su trabajo, toda vez que provoca una gran dificultad para determinar la residencia habitual en los casos conflictivos. *Vid.* M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, n° 2, pp. 160 a 197, p. 177.

⁸⁷ En esta línea, favorable a la defensa de la existencia de una definición de la residencia habitual, *vid.* M. A. GANDÍA SELLENS, “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. 799-820, p. 814. También L. ÁLVAREZ AGOUÉS, *ob. cit.*, p. 601.

⁸⁸ Opina contrariamente a nosotros, afirmando que la concreción de esta definición autónoma es especialmente difícil y en nada beneficiaría en los supuestos de los menores, 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 a 522, p. 519. I. REIG FABADO expone la inexistencia de un concepto de la residencia habitual de

habitual en el Derecho Internacional Privado europeo, sí considera deseable que el legislador europeo hubiese aportado más criterios para su concreción como los de los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones⁸⁹.

VI. Conclusiones

40. El legislador europeo nunca ha definido el criterio de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis familiares. Tampoco el TJUE lo había analizado ya que hasta el momento no se le había planteado ninguna cuestión prejudicial al respecto. En la Sentencia 25 noviembre 2021 el Tribunal analiza si pueden existir dos residencias habituales en los supuestos de vida itinerante de un cónyuge. Este es un supuesto que se da en no pocas ocasiones. En el ejercicio de su libertad de circulación en la Unión los ciudadanos europeos pueden cambiar de residencia tras las crisis familiares. Por ejemplo, volviendo uno de los cónyuges a su residencia de origen anterior al matrimonio. Sin embargo, lo natural es que estas personas siguen manteniendo lazos personales o profesionales en el anterior Estado miembro en el que convivieron. También ocurre que en el mundo globalizado post pandemia del teletrabajo, tras una crisis familiar los ciudadanos europeos tienen mayor facilidad para localizar su centro de vida e intereses en diferentes Estados a la vez, como ocurría en el supuesto de referencia. El demandante, IB, trabajaba durante la semana en Francia y volvía todos los fines de semana al Estado en el que había tenido siempre su residencia habitual conyugal, Irlanda. En lo que consideramos que es el episodio 1 de una posible futura elaboración del concepto por parte del Tribunal, este deja asentada su posición general de partida. El Reglamento Bruselas II bis, y debemos entender que también el Bruselas II ter a partir del 1 de agosto de 2022, solo admite la existencia de una residencia habitual. Se basa en el análisis textual, sistemático y teleológico de la norma y por la interrelación entre instrumentos jurídicos europeos. Esta posición evitará el *Forum Shopping* y favorecerá la seguridad jurídica de los operadores y de los ciudadanos. La principal consecuencia que extraemos de este hecho es que es absolutamente necesario concretar qué criterios debemos tener en cuenta para determinar la residencia habitual de un ciudadano con vida itinerante de entre todos los que conforman su vida; personales, familiares, sociales, profesionales, patrimoniales o económicos.

41. En cuanto a estos criterios, el Tribunal concreta dos para determinarla. Por un lado, el subjetivo, es decir, el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar específico. Por otro lado, el objetivo, la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, para nosotros esta es una aportación incompleta por falta de concreción en relación al ámbito de aplicación del Reglamento aplicado. La voluntad y la presencia son criterios que deben y pueden ser valorados en todos los Reglamentos europeos, pero que no nos diferencian entre las diferentes naturalezas jurídicas que regulan; crisis familiares, responsabilidad parental, derecho de alimentos, regímenes económicos de las parejas o sucesiones. Es necesario dar un paso más allá y concretar qué criterios se deben analizar en las crisis familiares de forma específica frente a los otros instrumentos jurídicos citados, como, por ejemplo, en los criterios que el TJUE ya ha establecido en los temas de menores. Para nosotros, en aplicación del artículo 3.1.a de Bruselas II bis se deben analizar, con un valor cualificado; la existencia de una vivienda habitual familiar común que compartan los dos cónyuges; que en la misma residan los hijos comunes o de uno de los cónyuges; la propia edad de estos hijos y la dependencia de sus padres; los periodos de estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella; los motivos de dicha estancia común o de su separación en determinados

los niños y las niñas en el actual marco regulatorio de la sustracción internacional de menores, y sin decantarse a favor de la concreción legislativa sí destaca el intenso esfuerzo del TJUE de crear un concepto autónomo en atención al contexto de las disposiciones y los objetivos del Reglamento, siempre concretado *ex casu* en atención al conjunto de circunstancias de cada supuesto. *Vid.* I REIG FABADO, *op. cit.*, p. 887.

⁸⁹ *Vid.* B. HESS, "Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?", *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 523-542, pp. 540-541.

periodos; los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma; los intereses personales diferenciados de cada uno de los cónyuges; y por último los asuntos patrimoniales que vinculan a ambos cónyuges para el sostenimiento común. En un mundo globalizado como el que vivimos se deben analizar, pero con un menor valor interpretativo; la nacionalidad de todos los miembros de la familia; el idioma común que hablan similar quizás al lugar de residencia; y sus lazos personales y familiares con terceras personas.

42. Creemos que estamos en un momento inicial de la creación jurisprudencial de la doctrina que concrete los criterios a analizar para concretar la residencia habitual de los cónyuges en las crisis familiares. En ella veremos si nuestra propuesta se aproxima a la que en el futuro realice el Tribunal. Estos criterios serán esenciales para conocer la competencia judicial de los Estados miembros y por lo tanto para iniciar los procedimientos que resuelvan estas crisis con celeridad. Consideramos necesario, para cumplir la seguridad jurídica que propugna el Tribunal, concretar estos criterios, que deben tener perfiles diferentes a la ya sentada doctrina sobre los criterios a emplear en los casos de menores. Y que serán distintos a la que el Tribunal en el futuro pueda establecer en otros Reglamentos europeos con ámbitos de aplicación diferentes. En los últimos años hemos apreciado una atención doctrinal creciente hacia la concreción de la residencia habitual en los supuestos de los menores, y creemos que en el futuro la de los cónyuges también podrá aportarnos un fecundo debate doctrinal futuro. En todo caso, los trabajos del Reglamento 2019/1111 nos demuestran que, en materia de crisis familiares y al menos por ahora, el legislador europeo no volverá a optar por la, a nuestro juicio “acertada”, concreción de los criterios que estableció en los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIO INSPIRADOR DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE ESPAÑA: EL VISADO HUMANITARIO

HUMAN RIGHTS AS AN INSPIRING PRINCIPLE OF THE SPANISH FOREIGN POLICY: THE HUMANITARIAN VISA

LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ

*Diplomático**
Institución

Recibido:4.12.2021 / Aceptado:28.12.2021
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6693>

Resumen: La crisis de los refugiados de 2015 y la crisis de Afganistán de 2021 han vuelto abrir el debate sobre el cumplimiento por parte de la UE y sus EEMM con los compromisos asumidos en materia de Derechos Humanos. En este sentido, las competencias de la UE en materia de visados, migración y asilo están subsumidas dentro del ELSJ. Por otro lado, se ha sugerido doctrinalmente que tanto el VTL como el visado de tránsito aeroportuario se conviertan en permisos humanitarios. En el ámbito nacional, se ha exigido también una aplicación más proactiva de la previsión contenida en el artículo 38 de la Ley 12/2009. Sin embargo, el debate no debería centrarse en crear nuevos permisos o en reconducir los ya existentes. Puesto que ambas soluciones se han utilizado cuando los Estados así lo han querido. De esta manera, la decisión sobre los visados humanitarios no es tanto una cuestión de técnica jurídica sino más bien de voluntad política.

Palabras clave: Derechos Humanos, asilo, Unión Europea, visados humanitarios, Estado soberano.

Abstract: The 2015 refugee crisis and the 2021 Afghan crisis have reopened the debate on how the EU and its Member States are fulfilling their commitments on Human Rights. In this regard, the EU has taken its responsibilities on visas, migration and asylum under the umbrella of the Area of Freedom, Security and Justice. On the other hand, several scholars have suggested that both the LTV and the airport transit visa should become humanitarian permits. Regarding the Spanish legal framework, it has been required a more proactive application of section 38 of the 12/2009 Act. However, the debate should not focus on creating new permits or redirecting the existing ones. Since both solutions have been used whenever the States have decided to do so. In this way, the decision on humanitarian visas is not so much a matter of legal technique but rather of political will.

Keywords: Human Rights, asylum, European Union, humanitarian visas, sovereign nation.

Sumario: I. Introducción. II. La matización de las competencias del Estado soberano por parte de los DDHH. III. El proceso de integración europea. ELSJ como presupuesto del sistema eu-

* Doctorando en formación adscrito al Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). La publicación de este artículo forma parte de los resultados de la investigación del autor en el marco de su proyecto de tesis doctoral, "El visado como instrumento de política exterior", que está siendo elaborada bajo la dirección de la profesora Marina Vargas Gómez-Urrutia en el citado Programa de Doctorado. lpertusa2@alumno.uned.es

ropeo de visados. IV. La política migratoria y de asilo común: 1. Política migratoria común: Enfoque global de inmigración y la Agenda europea de migración. 2. El Sistema Europeo Común de Asilo: de Dublín I a Dublín III. 3. Resultados de esta estrategia y Perspectivas de futuro (Dublín IV). V. El sistema europeo de visados: 1. El Código comunitario de visados y las potestades del Estado soberano. 2. El Reglamento 2018/1806 (Lista positiva y negativa). VI. Asilo y refugio en el Derecho español: 1. la Ley 12/2009. 2. Visado humanitario: el caso fallido del visado de validez territorial limitada. 3. Visado humanitario: El caso fallido del visado de tránsito aeroportuario. 4. Compromisos de España con los DDHH. El programa de acogida a Defensores de Derechos Humanos. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La repentina llegada de cientos de refugiados afganos a España durante el pasado verano y el hecho incluso que nuestro país se convirtiera en el “*hub europeo*”¹ que ha centralizado la llegada y distribución de refugiados afganos en Europa, ha puesto de manifiesto el compromiso de España con los Derechos Humanos y especialmente la constatación de una voluntad institucional de hacer frente a las responsabilidades internacionales contraídas en materia de asilo y refugio. Sin embargo, la respuesta ofrecida frente a la crisis de Afganistán contrasta con el comportamiento de los países europeos, incluido España, durante la llamada “*crisis de los refugiados de 2015*”². Durante la misma, se puso en tela de juicio la aplicación efectiva en Europa del acervo internacional en materia de DDHH³, abriendo al mismo tiempo todo un debate sobre la pertinencia de articular un visado de carácter humanitario.

2. Esta discusión también se ha trasladado al ámbito nacional ya que la propia Ley de Acción y Servicio Exterior del Estado ha caracterizado el respeto a los Derechos Humanos como un principio inspirador de la política exterior de España⁴. En cualquier caso, nos gustaría dejar claro que, en nuestra opinión, el debate no debe girar en torno a si se deben poner en funcionamiento este tipo de permisos, puesto que hay fórmulas para ello. Sino más bien, en interiorizar que la ejecución del ordenamiento jurídico de los DDHH depende en casi su práctica totalidad de la voluntad política de los Estados soberanos.

3. En este sentido, conviene tener presente que los desplazamientos masivos de población por motivos de toda índole han tenido lugar en todos los momentos de la Historia⁵. Sin embargo, lo que sí ha evolucionado ha sido la percepción respecto de la migración, dándose la paradoja que, especialmente

¹ Presidencia del Gobierno. Reunión del Grupo de Trabajo sobre Afganistán (23 de agosto de 2021). <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/paginas/2021/230821-sanchez-afganistan.aspx> y Presidencia del Gobierno. Visita al “Hub” europeo de recepción de refugiados afganos. (21 de agosto de 2021). <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/paginas/2021/210821torrejon.aspx> [consultados el 10 de noviembre de 2021].

² Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR. 2015, el año de la crisis de refugiados en Europa (8 de diciembre de 2015). <https://www.acnur.org/noticias/historia/2015/12/5af94adf1a/2353-2015-12-30-16-24-16.html> [consultado el 10 de noviembre de 2021].

³ Convención de Ginebra de 1951 y Estatuto de los Refugiados 1967. Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252 de 21 de octubre 1978.

En este punto, debemos recordar la cláusula recogida en el artículo 10.2 de la CE y que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

⁴ Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y Servicio Exterior del Estado, BOE núm. 74 de 26 de marzo 2014. Artículo 2.1: “*La Política Exterior de España tiene como principios inspiradores el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La Política Exterior de España defenderá y promoverá el respeto y desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, ...*”

⁵ R. CALDUCH CERVERA, “Desplazamientos Internacionales de población, categorías y marcos regulatorios” en R. CALDUCH CERVERA, (coord.) Efectos sobre la PCSD de la Unión Europea de la crisis migratoria. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 9.

⁶ J. DE LUCAS MARTÍN, “Refugiados e inmigrantes. Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo” en Pasajes: Revista de Pensamiento Contemporáneo, núm. 50, 2016 pp. 92 -113.

en Europa, se facilita la movilidad para el turismo, profesionales altamente cualificados mientras que otro tipo de migrantes tienen grandes dificultades para cruzar las fronteras legalmente⁶. De esta manera, aparecen unos flujos migratorios de tipo voluntario bien con una finalidad lúdica (turismo) bien con una aspiración económica y social (migraciones laborales y reunificación familiar), frente a otros de carácter forzoso que tienen lugar por motivos de persecución política (refugiados) o a resultas de desplazamientos masivos de población por causa de desastres naturales o conflictos armados⁷.

4. Por otro lado, uno de los aspectos más relevantes del fenómeno migratorio actual, siendo la crisis de los refugiados el caso más emblemático, es la existencia de flujos mixtos⁸, donde los migrantes laborales y los refugiados utilizan las mismas rutas migratorias. De modo que se hace difícil distinguir un desplazamiento de otro, ubicándose mucho de estos migrantes en una zona gris. Lo que se ha traducido, además, en que muchas organizaciones de la sociedad civil hayan propugnado una aplicación de la condición de refugiado de forma indiscriminada; desnaturalizando, en cierta medida, el derecho de asilo⁹.

5. En último lugar, estos movimientos de población tienen lugar en una sociedad de Estados soberanos que utilizan el visado como una herramienta al servicio de sus políticas de control migratorio que está alcanzando unas dimensiones in precedentes¹⁰. Puesto que una de las funciones de estos permisos es la de prevenir y gestionar la presión migratoria desde los países de origen. De ahí que sean expedidos en las Embajadas y Consulados de los países de destino acreditados en dichas naciones de proveniencia. A su vez, debemos incidir en que, el ordenamiento jurídico internacional en materia de asilo y refugio considera que estas instituciones sólo se activan cuando los solicitantes de asilo llegan al

⁶ V. BELLO, "Migraciones, Seguridad y Seguridad Humana: un nuevo modelo migratorio para luchar contra el prejuicio como reto a la seguridad global" en A. TERRÓN CUSÍ (coord.) Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, pp. 173 y 174. Esta autora defiende una muy interesante tesis en relación con las cuatro paradojas que afectan al fenómeno migratorio actual: el intentar reforzar los controles para terminar con la migración irregular sólo genera más emigración irregular, los países receptores de emigrantes y especialmente la unión europea en lugar de canalizar sus programas de cooperación respecto de las naciones emisoras de emigrantes, dirigen sus fondos a las naciones tránsito como Turquía o Libia lo que implica avivar la llama de las rutas de la inmigración irregular.

⁷ De este modo vamos a definir al migrante siguiendo la terminología de la OIM: "a nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término "migrante." Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por "razones de conveniencia personal" y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias". GLOSARIO SOBRE MIGRACIÓN n° 7. Derecho Internacional sobre Migración. OIM https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf [consultado el 20 de noviembre de 2021]. R. CALDUCH CERVERA, "Desplazamientos internacionales de..." op. cit., p. 20

⁸ El programa de Estocolmo de 2010 ya se refirió a la necesidad de identificar a las personas que necesiten protección internacional en "los flujos mixtos", en Consejo Europeo, programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, párr. 5 (DOUE 115/1, de 4 de mayo de 2010). A este respecto, cabe añadir, como señala Fernando Arlettaz, que "no solo los flujos migratorios pueden ser mixtos, sino que también las razones que impulsan a una persona a migrar pueden ser una combinación de restricción de las libertades y necesidades económicas"; F. ARLETTAZ, "la UE y la crisis humanitaria en el mediterráneo: ¿quién tiene la obligación de dar protección?", en Cuadernos de Cultura de Paz, Seminario de Investigación para la paz, 2016, Zaragoza.

Véase también A. DEL VALLE, "Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional" en Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 55, 2016, pp. 759-777.; V. MORENO LAX, "Must EU borders have doors for refugees? On the compatibility of Schengen visas and carriers' sanctions with EU member states' obligations to provide international protection to refugees" en European Journal of Migration and Law, núm. 10, 2008, pp. 315-364; y Á. SOLANES CORELLA, "Derechos Humanos y Asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación española" en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, VII, 2014, pp. 181-210.

⁹ F. J. DE LUCAS MARTIN, "Refugiados e inmigrantes..." op. cit.

INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE, *The refugee crisis in Europe and the Middle East. a comprehensive response*. Septiembre, 2015. <https://www.rescue.org/sites/default/files/document/653/irc2015appealrefugeecrisis.pdf> [consultado el 18 de noviembre de 2021]. HUMAN RIGHTS WATCH. *Europe's refugee crisis. An agenda for action*. November 16, 2015. <https://www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action> [consultado el 18 de noviembre de 2021].

¹⁰ J. ABRISKETA URIARTE, "La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*". Revista de Derecho Comunitario Europeo, 56, 2017, pp. 119-158. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>

territorio estatal de destino, no pudiendo ponerse en marcha el proceso en su país de origen o tránsito. Por ello, el objetivo de este artículo es explicar cómo España hace frente a esta dicotomía.

6. Para ello, analizaremos brevemente la articulación de las competencias territoriales del Estado y su configuración actual a resultas de la irrupción de todo un acervo en materia de Derechos Humanos. A continuación y a resultas de nuestra pertenencia a la Unión Europea como consecuencia de la previsión constitucional del artículo 93¹¹. Debemos estudiar la articulación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que ha incardinado en el ámbito comunitario, ciertas competencias en materia de visados, migración y asilo. De este modo, el debate sobre el visado humanitario, no sólo se ha planteado a nivel nacional, sino también en el plano europeo. Donde, ha sido el Consejo, que representa la voluntad de los EEMM, quien ha hecho valer su opinión, reafirmandonos, una vez más, en nuestra convicción que la decisión final al respecto, responde al deseo del Estado soberano. Finalmente, terminaremos este análisis revisando el sistema de asilo y refugio en el ordenamiento jurídico español, con su materialización en una serie de casos concretos.

II. La matización de las competencias del Estado soberano por parte de los DDHH.

7. La Paz de Westfalia (1648) puede situarse como el punto histórico de partida del denominado “*sistema europeo de Estados*”¹². Surgiendo un modelo de Estado denominado como “*westfaliano*” caracterizado por los siguientes elementos: una nación formada por un pueblo, bajo el control de una autoridad política dominante que ejerce su poder dentro de una determinada jurisdicción territorial¹³. Configurándose el Estado-nación tal y como lo conocemos que además comenzó a actuar como el sujeto por antonomasia de Derecho Internacional. En este sentido, se puede definir esta entidad como “*una organización de poder independiente sobre una base territorial*” y podemos señalar que la independencia del Estado es “*un aspecto básico de la proyección exterior de la soberanía*”¹⁴ con toda una serie de competencias personales y territoriales.

8. Dentro de estas dos potestades, la más importante, tanto cualitativo como cuantitativamente es la territorial, que reúne tres características muy específicas: plenitud, exclusividad e inviolabilidad¹⁵. Igualmente y a pesar del debate doctrinal sobre si los Estados están obligados de forma consuetudinaria a admitir a todos los extranjeros que deseen entrar en su territorio con fines lícitos¹⁶. No existe obligación al respecto, ni bajo la forma de costumbre ni bajo la forma de ningún instrumento convencional internacional. De modo que el control fronterizo es una competencia consustancial del Estado soberano que puede decidir discrecionalmente si admite o no de extranjeros en su territorio y si se deben presentar en su frontera con el correspondiente visado o no¹⁷.

9. De esta manera, la doctrina internacionalista clásica considera que la concesión de un visado es un acto de soberanía territorial mediante el que el Estado ejerce un control preventivo sobre la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio. De ahí que, cuando un Estado decide conceder o denegar un determinado visado, está realizando una acción de política exterior respecto del Estado del que es na-

¹¹ “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución.

corresponde a las cortes generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

¹² A. TRUYOL y SERRA: *La Sociedad Internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 4ª ed., 2004, p 31.

¹³ A. SOLANES CORELLA: “Una Reflexión Iusfilosófica y política sobre las fronteras”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016, XXXII pp. 145-184.

¹⁴ M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 13ª ed., 2001, págs. 210, 219 y 222.

¹⁵ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 10ª ed. 2006, p. 321.

¹⁶ G. BISCOTTINI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, 1956, p. 150.

¹⁷ M. DIEZ DE VELASCO, *idem*, pp. 515 y 516

cional el solicitante¹⁸. Convirtiéndose la expedición de un visado en “*un acto a través del cual el Estado que envía ejercita su propia soberanía territorial, desarrolla el propio poder de decisión, excluyendo o permitiendo a los extranjeros de su territorio, según convenga*”¹⁹.

10. Más allá de estas consideraciones, se podría definir el visado como: “*una autorización de un Estado extendida sobre un pasaporte, título de viaje u otro documento admitido como válido a los efectos de la circulación transfronteriza. Constituye un elemento esencial para el control del movimiento de las personas sometidas a dicho requisito y es el instrumento idóneo para la gestión ordenada de los flujos migratorios*”²⁰. La política de visados hace parte del ordenamiento jurídico de extranjería. Sin embargo, la libertad del Estado-nación no es absoluta a la hora de configurarlo puesto que debe tener en cuenta en su elaboración sus compromisos asumidos internacionalmente²¹.

11. Por otro lado, es sumamente relevante constatar cómo en pleno siglo XXI, con una Sociedad Internacional totalmente imbuida por el fenómeno de la globalización, los Estados siguen intentando reafirmar su capacidad de control del territorio a través del régimen de entradas y salidas del mismo. Extremo que nos reafirma en la preeminencia de la voluntad política puesto que estamos hablando de uno de los últimos vestigios que tiene el Estado-Nación para reafirmarse dentro del proceso globalizador. Gracias al mismo, el Estado protege su soberanía nacional demostrando que todavía es capaz de ejercer plenamente sus competencias personales, territoriales y que controla los recursos económicos presentes en su espacio territorial²².

12. Ahora bien, la actuación estatal en este campo ha sido levemente matizada por las obligaciones internacionales contraídas en materia de Derechos Humanos²³ que han suavizado el régimen de entradas y salidas del territorio, proporcionando una serie de derechos a los extranjeros no sólo cuando se presentan en la frontera sino también cuando se encuentran en un país con independencia de su estatus migratorio. De modo que, las fronteras estatales no se convierten en zonas de exclusión de las obligaciones internacionales por parte de los Estados²⁴. Quizás el ámbito donde más se ha conseguido limitar la acción de los Estados ha sido en materia de asilo y refugio. En este sentido la normativa internacional (Convención de Ginebra de 1951 y Protocolo de Nueva York de 1967) ha conseguido imponer a los Estados la obligatoriedad del principio de la no devolución del solicitante cuando se realice una petición de asilo²⁵. Pero el Estado en el ejercicio de sus competencias personales y territoriales, tiene la facultad de resolver esa petición en el sentido que estime más oportuno, con la única limitación impuesta por

¹⁸ A. M. FERNÁNDEZ PASARÍN, “la Dimensión Externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El caso de la cooperación consular local” en Revista CIDOB d’Afers Internacionals, núm. 91, septiembre-octubre 2010, pp. 87 – 104.

¹⁹ A. MARESCA, *Las Relaciones Consulares*. Madrid, Aguilar 1966, p. 243.

²⁰ A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, p. 21.

²¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de veinte años de política común, materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.), *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea*. I Foro europeo de Derecho Internacional Privado. Madrid, Iprolex, 2020, p.68.

²² R. FERRERO-TURRIÓN y A. M. LÓPEZ-SALA, “Fronteras y seguridad en el Mediterráneo” en R. ZAPATA y X. FERRER GALLARDO, (editores) “Fronteras en movimiento migraciones hacia la Unión Europea en el contexto mediterráneo” Ed: Bellaterra, Barcelona, 2012. Pp. 229 – 254.

²³ R. FERRERO-TURRIÓN, “Los principales retos de la gobernanza de las migraciones. el binomio migración y seguridad a debate” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 55. No en vano los migrantes son percibidos como un sector poblacional vulnerable y el ordenamiento jurídico internacional ha intentado protegerlos y limitar la acción de los estados en este sentido.

²⁴ A. SOLANES CORELLA “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”. Anuario de Filosofía del Derecho, 2016, XXXII pp. 145-184.

²⁵ C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 71. Concretamente nos estamos refiriendo al artículo 14.1 de la DUDH: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país*”.

el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 del cumplimiento del principio de prohibición de expulsión y devolución, reafirmado por el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

13. Los Estados han visto disminuida su discrecionalidad, al ser obligados a garantizar una serie de derechos esenciales que constituirían un estándar mínimo internacional²⁶. Como por ejemplo serían: unos adecuados sistemas de identificación, remisión y examen de entrevistas en frontera respetando el derecho a la vida familiar, garantizar el respeto a los Derechos Humanos en operaciones de rescate e interceptación de migrantes, evitar detenciones arbitrarias y facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva con el fin de denunciar abusos, etc.²⁷. De hecho, se podría concluir que el Derecho de Extranjería, surge como consecuencia de los compromisos que los Estados han tenido que asumir como consecuencia de las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional, atribuyéndose al no nacional un determinado estatuto jurídico en el Estado que lo acoge²⁸. Sin embargo y a pesar de estas matizaciones, el propio TEDH ha reconocido que el control del régimen de entrada, estancia y expulsión de los extranjeros sigue siendo una potestad del Estado soberano²⁹.

III. El proceso de integración europea. ELSJ como presupuesto del sistema europeo de visados

14. Ahora bien, en el caso concreto de España, se debe encuadrar esta reflexión en nuestra pertenencia a la Unión Europea que, si bien, es una organización internacional intergubernamental, es muy distinta al resto de organizaciones internacionales existentes. De hecho, “*es una organización internacional original, única*”³⁰. Solamente se puede entender esta originalidad y el grado de competencias soberanas cedidas por los EEMM, si se tiene en cuenta la situación en que se encontraba Europa tras la segunda guerra mundial³¹. De esta manera, debemos recordar que la Unión Europea vive en un proceso de reinención constante. Entre otras razones por la adopción del método funcionalista desde los comienzos del proyecto comunitario. Dicho método se traduce en que los diferentes tratados establecen una serie de objetivos provisionales que, una vez alcanzados, deben dar paso a unos nuevos objetivos³². De modo que la consecución los logros establecidos, conlleva que se fijen unos nuevos y que el proyecto comunitario esté en un proceso de reinención constante.

²⁶ E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 107 y 108.

²⁷ ACNUDH (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), *principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*, Ginebra. 2014, págs. 11-50.

²⁸ E. LA SPINA. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 298-301.

²⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Extranjería: principios de derecho internacional general”, *Revista de Economía y Sociología del trabajo*, nº11, marzo 1991, pp. 39 – 51.

²⁹ STEDH 5 de marzo de 2020 M.N. and Others v. Belgium, nº. 3599/18. Párrafo 124. “*no puede dejar de subrayarse la dudosa pertinencia de la referencia que el tribunal de Estrasburgo hace en el apartado que se acaba de citar al reconocimiento de la condición de cuestión nacional que de los visados de larga duración hizo la sentencia antes comentada del tribunal de Luxemburgo (x y x contra Bélgica). Si con ello quiere reforzarse la idea de la amplitud del derecho soberano a controlar la inmigración, quizá convenga recordar que la circunstancia de que en la actualidad el visado de larga duración sea, para el DUE, una cuestión nacional, no es el resultado de la intangibilidad de ese derecho, mucho menos desde la óptica de los valores sobre los que se asienta la UE (art. 2 TUE), sino de las dificultades de la regulación de un ámbito respecto del que, pese a todo, al someterlo al método comunitario, los estados miembros han aceptado la posibilidad de limitar seriamente su soberanía (art. 79.2.a TFUE).*”

También A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

³⁰ A. MANGAS MARTIN, y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2016, p. 47.

³¹ P. A. MARTÍNEZ LILLO, “El proceso de construcción europea” en, J.U. MARTÍNEZ CARRERAS, J. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J.C. PE-REIRA CASTAÑARES, P.A. MARTÍNEZ LILLO, y J.L. NEILA HERNÁNDEZ, (autores) *Historia del mundo actual*. Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 169 y ss.

³¹ G. MAMMARELLA, *Historia de Europa contemporánea (1945-1990)*, Barcelona, Ariel, 1ª ed., 1990, págs. 9 y ss.

³² E. M. ANÍBARRO MARTÍNEZ, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: proyecto político-jurídico in fieri* (tesis doctoral) Universidad de Valladolid. Valladolid 2015, p. 46.

15. Un buen ejemplo de ello es el ELSJ que se asienta, entre otros elementos, en el acervo Schengen y el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) que derivan de dos convenios, el de Schengen de 1985 y el de Dublín de 1990, que fueron suscritos en un principio fuera del ámbito comunitario pero la Unión con su “vis expansiva” los asumió e incorporó. En este sentido, el ELSJ reúne toda una serie de conceptos que no forman una unidad natural, entre otros al régimen comunitario de visados. Este extremo se podría explicar porque dicho espacio fue concebido como un concepto con el que hacer frente al déficit de seguridad derivado de la plena aplicación del mercado interior y que conlleva el establecimiento de toda una serie de medidas compensatorias con las que hacer frente a los riesgos derivados de la libre circulación de personas al igual que del establecimiento de una única frontera exterior³³.

16. Con el fin de entender mejor el diseño actual del ELSJ así como el enorme abanico de competencias que han sido asumidas por este concepto, se hace necesario relatar brevemente cómo ha sido su evolución y configuración histórica.³⁴ De esta manera, el 14 de junio de 1985 en el municipio de Schengen (Luxemburgo) se firmó el acuerdo para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes entre los siguientes países: Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. Por otro lado, además de suprimir barreras, se creaba un espacio común en el que tenía lugar la cooperación policial y judicial en materia penal, asilo, extradición y traslado de personas condenadas³⁵. Este acuerdo de 1985 fue la base sobre la que se suscribió el 19 de junio de 1990, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen³⁶.

17. Con la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997, se adopta el término ELSJ como concepto que, a su vez, permite la confluencia del acervo Schengen y el principio de la libre circulación de personas dentro del ámbito del Derecho comunitario. Además de consagrar la cooperación en materia judicial y policial con el fin de reforzar la seguridad interior de este espacio libre de barreras, trabas y obstáculos³⁷. Las bases jurídicas actuales del ELSJ las encontramos en los artículos 3.2 del TUE y 4.2.j del TFUE³⁸ que lo ubica dentro de las competencias compartidas. Estos artículos definen este espacio como un territorio común compuesto por todos los EEMM que hacen parte del mismo y en el que los ciudadanos europeos pueden circular libremente sin ningún tipo de traba o restricción, realizándose el control de entrada en la frontera exterior común.

³³ E. M. ANÍBARRO MARTÍNEZ, *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: proyecto político-jurídico in fieri* (tesis doctoral) Universidad de Valladolid. Valladolid 2015, p. 21.

³⁴ G. PAPAGIANNI, *Institutional and policy dynamics of EU migration law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden, 2006, p. 13.

³⁵ Véase el *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la república federal de Alemania y de la república Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, en: DO L 239 de 22 de septiembre de 2000, p. 19. L. VAN OTRIVE, “Historia del acuerdo y del convenio de Schengen”, CIDOB, nº 53, 2001; y, F. J. RUBIO, “El acuerdo de Schengen y su convenio de aplicación”, ICE, nº 2289, 1991, pp. 2472-2477. F. J. DONAIRE, *La constitución y el acervo Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 45.

³⁶ *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*, en: DOUE L 239 de 22 de septiembre de 2000, p. 19-62.

³⁷ El acervo Schengen fue incorporado al proyecto comunitario mediante un protocolo agregado al tratado de Ámsterdam. véase el *tratado de Ámsterdam*, en: DOUE c 340, de 10 de noviembre de 1997. *protocolo nº 2 por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la unión europea*, en: DOUE c 340, de 10 de noviembre de 1997.

³⁸ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. DOUE. c 83, 30 de marzo de 2010, pp. 13-46.

artículo 3.2

“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 conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE c 83, 30 de marzo de 2010, pp. 47-200.

artículo 4.2.j

“las competencias compartidas entre la unión y los estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

...

j) *El espacio de libertad, seguridad y justicia*” el hecho de que el ELSJ sea una competencia compartida nos ayuda a entender mejor la previsión del artículo 79.5 del TFUE que fija como competencia estatal los cupos de migrantes laborales.

18. La propia Comisión europea reconoce que la libre circulación de personas “*constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior en beneficio de los ciudadanos de la UE, de los Estados miembros y de la competitividad de la economía europea*”³⁹. De hecho, solamente se conseguirá un ELSJ pleno cuando la integración del acervo Schengen en el proyecto comunitario, la libre circulación de personas, la eliminación total de las fronteras interiores con un control común y eficaz en el régimen de entradas en las fronteras exteriores venga acompañado de una política de asilo e inmigración común⁴⁰.

19. De ahí que nos planteemos la pregunta de cómo se articula el régimen de entradas y salidas del ELSJ de manera que se pueda garantizar la seguridad interna. En primer lugar, con una armonización de los diferentes ordenamientos nacionales y las reglas en el cruce de las fronteras exteriores, gracias a la cooperación intergubernamental en el espacio Schengen⁴¹. Consiguiendo una confluencia entre los aspectos normativos y operativos del cruce de fronteras que ha desembocado en un Reglamento consolidado de normas que se deben observar en este ámbito. Este instrumento conocido como Código de Fronteras Schengen se ha convertido en la herramienta más importante en el control de las fronteras exteriores⁴².

20. La base jurídica para las políticas comunes en materia del cruce del borde exterior del ELSJ viene establecida por el artículo 77 del TFUE⁴³. Esta disposición obedece al esfuerzo de la UE para reforzar sus mecanismos de protección de las fronteras exteriores mediante la puesta en marcha de instrumentos de vigilancia y la instauración de un sistema integrado de gestión de ese límite externo⁴⁴. Asimismo, el artículo 5.1 del Código de Fronteras establece que únicamente se pueden cruzar las fronteras exteriores en los puntos habilitados al efecto y el 6.1.b dispone que muchos de estos nacionales deben presentarse en el puesto fronterizo con el correspondiente visado de entrada. En este sentido, la exigencia o no de visado es otra potestad discrecional de las Instituciones⁴⁵ y establecida de acuerdo

³⁹ Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de 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 [COM (2008) 0840 final].

⁴⁰ C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las Migraciones internacionales, percepción y realidad. Un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 75.

⁴¹ C. GORTAZAR, “Abolishing border controls: individual rights and common control of EU external borders”, en E. GUILD & C. HARLOW, (eds.), *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights in EU law*, hart publishing, Oxford-Portland, pp. 121-140.

⁴² 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). DOUE L 77, 23 de marzo de 2016, pp. 1-52.

⁴³ “Artículo 77

1. la Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:

a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;

b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;

c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

2. a efectos del apartado 1, el parlamento europeo y el consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;

b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;

c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la unión durante un corto período;

...

3...

4...”.

⁴⁴ A. OLESTI RAYO, “La Unión europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería” en Revista Catalana de Dret Públic, nº 40, 2010, pp. 21 – 52.

⁴⁵ Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de dicha obligación. DOUE L 81, 21 de marzo de 2001, pp. 1-15.

con los intereses en política exterior de la UE y de los EEMM. En el supuesto que no se cumplan estos requisitos se producirá una denegación de entrada, tal y como dispone el art. 14 y Anexo V de este Reglamento. De modo que se brinda seguridad al espacio común frente a posibles amenazas externas, exige además la colaboración de los trasportistas en este fuerza. Sin embargo, la política migratoria y de asilo común también hacen parte del ELSJ, en competencia compartida con los EEMM y es en este ámbito donde han surgido las discrepancias.

IV. La Política migratoria y de ASILO común

1. Política migratoria común: Enfoque global de inmigración y la Agenda europea de migración

21. La gestión de los flujos migratorios es una de las potestades fundamentales de los Estados soberanos y Europa no ha sido una excepción a ello. Sin embargo, viendo las limitaciones que conllevaba la gestión nacional por cada EEMM, la UE tomó conciencia de la necesidad de realizar una gestión conjunta de este fenómeno, creando un bloque coherente exhaustivo con actuaciones armonizadas que comprendieran tanto la dimensión interna como la externa del fenómeno migratorio, incardinándolas además dentro del ELSJ⁴⁶. En este sentido, desde el punto de vista interno, las políticas de admisión de extranjeros pueden organizarse en base a una triple distinción: inmigración regular, inmigración irregular y solicitantes de asilo. Desde el punto de vista externo, la Comisión propuso diseñar una política de inmigración y asilo asentada en tres ejes: actuaciones sobre la presión migratoria, estrategia de control de flujos migratorios y la facilitación de la integración de los migrantes legales⁴⁷. Planteando, en definitiva, una respuesta integral a este fenómeno.

22. De esta manera y a raíz de Tampere, la Comisión ya reconoció en su primera comunicación sobre una política común de migración, la necesidad de regular los flujos migratorios a través de cauces legales⁴⁸. En los programas de la Haya y Estocolmo, se profundizó en esta estrategia y tanto la Comisión como el Consejo, han ido emitiendo documentos que han concretado y desarrollado la estrategia comunitaria en materia migratoria. Vamos hacer mención especial a dos documentos concretos.

23. En primer lugar, el “*Enfoque Global de Inmigración*” emitido por el Consejo en diciembre de 2005⁴⁹. Este documento junto con la Comunicación de la Comisión de junio de 2008 titulada “*Una política común de inmigración para Europa: principios, medidas e instrumentos*” sirvió para elaborar el Pacto Europeo sobre la Inmigración y Asilo refrendado por el Consejo europeo de 16 de octubre de 2008⁵⁰. Todos estos instrumentos tenían por objetivo conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes regulares, potenciando el diálogo regional y la cooperación entre los países de origen, tránsito y destino de los migrantes⁵¹.

⁴⁶ K. EISELE, “*The external dimension of the EU migration policy: different legal positions for third-country nationals in the EU: a comparative perspective*”, Leiden, Nijhoff, 2014.

⁴⁷ J. ABRISKETA URIARTE, “La Dimensión Externa del Derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 119-158. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.56.04>

⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre una política comunitaria de migración, COM (2000) 757 final. Bruselas, 22 de noviembre del 2000.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre medidas prioritarias para afrontar los retos de la inmigración: primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court, COM (2005) 621 final, 30 de noviembre de 2005.

⁵⁰ Unión Europea. Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=legissum%3ajl0038> [consultado el 20 de octubre de 2021].

⁵¹ J. C. FERNANDEZ ROZAS: “Luces y sombras de veinte años de política común, materia de control de fronteras, asilo e inmigración ante la defensa de un dionisiaco estilo de vida europeo” en A. FERNANDEZ PÉREZ, (coord.), *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea*. I FORO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Iprolex, Madrid, 2020, p. 27.

24. Sin embargo y aunque el Enfoque pretendía ser global, se hizo especial énfasis en la conclusión de acuerdos de readmisión con estos terceros países⁵². En todo caso, la integridad y seguridad del espacio Schengen no debería ser óbice para garantizar de forma absoluta del derecho de asilo en el territorio comunitario⁵³. Aunque debemos valorar el esfuerzo por lograr que el Enfoque Global y sobre el Pacto de 2008 fueran un primer paso para una política general de inmigración de la UE⁵⁴. Con la aprobación del Tratado de Lisboa, la base jurídica para la política migratoria común queda radicada en el artículo 79 del TFUE⁵⁵.

25. El segundo instrumento sobre el que queremos llamar la atención, es la “*Agenda Europea de Migración*” de 13 de mayo de 2015, en la que se enuncian cuatro ejes fundamentales para una mejor gestión de los flujos migratorios.

- Reducir los incentivos para la migración irregular.
- Una política de asilo firme.
- Salvar vidas y hacer seguras las fronteras exteriores.
- Una nueva política sobre la migración legal.

26. Esta agenda aspira a ser el medio con el que hacer frente a urgencias humanitarias, como la de la crisis de los refugiados, además de convertirse en el instrumento para coordinar a largo plazo las políticas comunitarias en materia de asilo, inmigración y gestión de fronteras en territorio europeo. Con la misma, la UE intenta abordar las migraciones con un enfoque equilibrado que busca por un lado ordenar los flujos migratorios legales mientras que, por otro, lucha contra los cauces migratorios irregulares y la trata de personas⁵⁶. En cualquier caso, se sigue manteniendo la misma posición que en el enfoque global, es decir, organizar la migración legal y controlar la migración ilegal. La Agenda intentó solucionar la problemática de la inmigración ilegal y del tráfico de personas en base a las experiencias aprendidas⁵⁷. Sin embargo, es difícil conseguirlo porque los movimientos de población clandestina generaron un abuso y tergiversación de las instituciones de asilo y refugio⁵⁸.

⁵² N. ARENAS HIDALGO, “El acuerdo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, pp. 1-40; A. BALDACCINI, “The external dimension of the EU’s asylum and immigration policies: Old concerns and new approaches”, en A. BALDACCINI, E. GUILD Y H. TONER (eds.), *Whose freedom, security and justice? EU immigration and asylum law and policy*. Hart publishing, Oxford, 2007, pp. 276-298; PURDEY DE VISSCHER, “Legal migration in the relationship between the European Union and ACP countries: The absence of a true global approach continues”, *European of Journal and Migration and Law*, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 53-94; J. HAMPSHIRE, “Speaking with one voice? the European uUnion’s global approach to Migration and mobility and the limits of international migration cooperation», *Journal of Ethnic and migration studies*, vol. 42, núm. 4, 2015, pp. 571-586.

⁵³ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 433-472. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

⁵⁴ A. KIRKPATRICK DE LA VEGA Y G. GONZALEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019 pág. 235.

⁵⁵ “1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, ...

2...

3...

4...

5. *El presente artículo no afectará al derecho de los estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”.*

⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Bruselas, 13 de mayo de 2015 COM (2015) 240 final.

⁵⁷ F. PEÑA DÍAZ, “La Agenda Europea de Migración: últimos desarrollos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº33. 2017, pp. 1 - 38.

S. RIPOLL CARULLA, “La Agenda Europea de Migración”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 114, nº3, 2015, pp. 585-609.

⁵⁷ L. LIROLA DELGADO Y A. FERNÁNDEZ LISTE, “La inmigración legal en el marco de la Política Común de Inmigración de la Unión Europea: de un papel secundario a un protagonismo sobrevenido” en *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2016, Vol. 6(1) pp. 50 – 83.

⁵⁸ G. PALOMARES LERMA, “La Acción exterior de la Unión Europea y la población desplazada: una aproximación integral desde las políticas comunitarias con nuevas propuestas” R. CALDUCH CERVERA, (coord.) *Efectos sobre la PCSD de la*

27. En todo caso y a pesar de los esfuerzos realizados, el balance que se puede realizar de la política migratoria común después de más de veinte años es de cierto escepticismo. En este sentido, estamos hablando de una empresa común cuanto menos inacabada puesto que la UE no ha conseguido superar los conflictos migratorios en sus fronteras exteriores⁵⁹. Además, todos los esfuerzos comunitarios se han centrado principalmente en la lucha contra la inmigración ilegal, sin conseguir alcanzar la meta final de una comprensión global de la migración que contemple también la articulación de unos cauces migratorios regulares. De esta manera, una apuesta por las vías migratorias legales podría revertir en que las instituciones de asilo y refugio fueran utilizadas por aquellos solicitantes que de verdad cumplen el supuesto de hecho de las mismas.

28. Ahora bien, la UE tiene por delante el reto de afrontar la inmigración no cualificada que ha conllevado que los EEMM sigan adoptando una postura defensiva y por lo tanto que pervivan los fallos competenciales en la política migratoria común que dificulta mayores avances, especialmente porque los EEMM se siguen mostrando muy reacios a ceder potestades a las Instituciones sobre un ámbito que consideran muy cercano a su soberanía⁶⁰. De esta manera, el artículo 79 del TFUE diseña una competencia compartida donde la adición de elementos intergubernamentales, marcada por la contraposición constante de intereses nacionales de los diferentes EEMM, impide el desarrollo efectivo de una política migratoria común.

29. En este sentido, se deberían poner en funcionamiento políticas migratorias comunes que hicieran frente a la migración regular e irregular, articular normas comunes de asilo para todo el territorio europeo y gestionar más eficazmente la seguridad en las fronteras exteriores. Realizando una distribución más justa de los solicitantes de asilo en todo el territorio de la UE⁶¹. Sin embargo, la gestión de la inmigración se ha convertido en una cuestión política de tal calado que ha condicionado el comportamiento de la UE en las relaciones con los EEMM y, a su vez, entre éstos y los Estados de origen o de tránsito migrantes a la hora de definir la política común en materia de fronteras, asilo e inmigración. Lo que se traduce en que la política migratoria común sea un acuerdo de mínimos de difícil precisión⁶².

2. El Sistema Europeo Común de Asilo: de Dublín I a Dublín III

30. Los cimientos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) son la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo de Nueva York de 1967. Sin embargo, la armonización europea de las políticas de asilo comenzó a realizarse fuera del ámbito comunitario con la firma del Convenio de Dublín (Dublín I) de 1990⁶³. A raíz del Tratado de Ámsterdam se introdujo el derecho de asilo en el ordenamiento jurídico de la UE, ubicándolo como un elemento más del ELSJ. El SECA está formado por el Reglamento de Dublín de 2003 (Dublín II), reformado a su vez en 2013 (Dublín III) y completado por el Reglamento 603/2013 que establece el sistema “Eurodac” que

Unión Europea de la crisis migratoria. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 46.

⁵⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de veinte años de política común...” p. 78.

⁶⁰ J. M. PORRAS MARTÍNEZ, “El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, (coord.), Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea. I FORO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Iprolex, Madrid, 2020, p.102.

⁶¹ J. M. GOIG MARTÍNEZ, “La Política común de Inmigración de la Unión Europea en el Sesenta Aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”, en Revista de Derecho de la Unión Europea, nº32, 2017, pp. 71 – 111. J.M. GOIG MARTÍNEZ, “La fallida política común de inmigración de la Unión Europea” en Vergentis, Revista de investigación de la cátedra internacional conjunta Inocencio III, núm. 8, enero-junio 2019 pp. 125 - 158.

⁶² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Luces y sombras de...” óp. Cit. págs. 29 y 33.

⁶³ C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 74.

Instrumento de Ratificación del convenio relativo a la determinación del estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las comunidades europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990. BOE 1 de agosto de 1997, núm. 183.

establece una base de datos común para comparar las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo con el fin de prevenir posibles delitos graves en el ELSJ tales como el asesinato o el terrorismo⁶⁴.

31. El SECA se diseñó con la idea de establecer un marco legal y procedimental para todos los EEMM, intentando evitar que se aplicara de forma dispar la normativa sobre protección internacional en cada uno de los EEMM. Para ello, se determina cuál es Estado miembro competente para presentar y resolver la solicitud de asilo que, en última instancia, establece como Estado miembro responsable de la solicitud, aquel por el que haya entrado el solicitante al ELSJ. Fijando un mínimo común denominador en los ordenamientos jurídicos de los EEMM. Es decir, con este sistema no pretende realizar una distribución equitativa de los solicitantes de asilo, sino determinar de forma rápida y a través de unas reglas preestablecidas qué Estado es el competente para resolver la solicitud con el fin de evitar el “*asylum shopping*”⁶⁵.

32. Por ello, los EEMM siguen reteniendo las competencias formales y materiales, conservando por ejemplo la potestad de permitir la presentación de solicitudes de asilo por vía diplomática o bien pudiendo articular la concesión de visados humanitarios, etc. Reteniendo la facultad de resolver las solicitudes de asilo presentadas en su territorio y continuando una práctica internacional consuetudinariamente aceptada. Asimismo, la opinión de los Estados ha sido determinante a la hora de incluir en el sistema europeo de visados la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario a determinadas nacionalidades con el fin de limitar la presentación de solicitudes de asilo en las zonas de tránsito internacionales de los aeropuertos del ELSJ⁶⁶.

33. Al igual que con la política migratoria común, el SECA se ha constituido como un acuerdo de mínimos y por ello, se vio completamente colapsado por la llamada “crisis de los refugiados” de 2015. Poniendo además a prueba la escala de valores y los objetivos del proyecto comunitario en materia de asilo que exigían una respuesta urgente para una situación dramática. En relación con la misma, la doctrina señaló que los EEMM y las propias instituciones comunitarias pusieron todavía más trabas para dificultar la llegada de los refugiados, en lugar de cumplir con sus obligaciones debidas de acuerdo con el Derecho Internacional y el ordenamiento jurídico europeo⁶⁷. Además de intentar sustraerse a sus obligaciones internacionales a la hora de ejecutar el principio de “*non refoulement*”⁶⁸, que sólo se activa cuando el solicitante de asilo entra en contacto con la jurisdicción territorial del Estado donde va a realizar su solicitud, impidiendo una aplicación extraterritorial de la normativa internacional en materia de Derechos Humanos⁶⁹.

⁶⁴ Reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados Miembros por un nacional de un tercer país. DOCE, L 50, 25 de febrero de 2003. Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 DOUE L 180, 29 de junio de 2013.

⁶⁵ Concretamente es el artículo 13.1 del mencionado reglamento el que establece esta previsión: “... que el solicitante ha cruzado la frontera de un estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional...”.

B. GARCÉS-MASCAREÑAS, “Por qué Dublín no funciona” en Notes internationales CIDOB, nº 135, noviembre 2015.

⁶⁶ N. ARENAS HIDALGO, “Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ, (Dir.), *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2017.

⁶⁷ G. PALOMARES LERMA, “La Acción exterior de la Unión Europea y la población desplazada: una aproximación integral desde las políticas comunitarias con nuevas propuestas” R. CALDUCH CERVERA, (coord.) *Efectos sobre la PCSD de la Unión Europea de la crisis migratoria*. Monografía 150, Madrid, Ministerio de Defensa, 2016, p. 43

C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Política europea de inmigración y asilo” en A. TERRÓN CUSÍ, (coord.) *Las migraciones internacionales, percepción y realidad. un análisis desde la perspectiva de la seguridad*, Monografía 152, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, p. 105.

⁶⁸ Artículo 33 de la convención de ginebra.

⁶⁹ G. GOODWIN-GILL, “The extra-territorial reach of Human Rights obligations: a brief perspective on the link to jurisdiction”, en L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. GUSTAVO KOHEN (eds.), *International Law and the quest for its implementation. liber amicorum vera gowlland-debbas*, Grill-Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 293-308; y S. MORGADES, “La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de *jurisdicción* en perspectiva cosmopolita”, en C. GARCÍA SEGURA (dir.), *La tensión cosmopolita. avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 149-192.

3. Resultados de esta estrategia y Perspectivas de futuro (Dublín IV)

34. Los resultados de esta estrategia vivieron su punto álgido durante la crisis de los refugiados de 2015 y que culminó en la Cumbre UE – Turquía, donde primaron los intereses en política exterior frente a otras consideraciones. En este sentido, este encuentro se celebró en Bruselas el 7 de marzo de 2016⁷⁰ y sus resultados fueron refrendados el 16 y 17 de marzo por el Consejo europeo, que acordó un sistema de devolución a dicho país de todo extranjero que hubiera entrado ilegalmente por las costas griegas. A cambio la UE acogería a un número de refugiados equivalente al de las expulsiones. A juicio de la doctrina, este acuerdo vulneraría al menos, las siguientes convenciones internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la Convención de Ginebra sobre los Refugiados (1951) o la propia Convención Europea de Derechos Humanos, en vigor desde 1953⁷¹. De esta manera, se llegó a afirmar que la UE mercantilizó un derecho humano fundamental y universal como es el derecho asilo, banalizando el mismo y supeditándolo a sus intereses en política exterior⁷².

35. En este sentido, la política migratoria de la UE se ha imbricado en su política exterior, adoptando un enfoque “ad extra” a través de diálogos migratorios, asociaciones de movilidad, acuerdos migratorios tanto a nivel UE como de forma bilateral por cada uno de los EEMM de forma que se ha trasladado la gestión fronteriza y el control de las rutas migratorias a los Estados de origen y tránsito de los migrantes⁷³. Fijando en la práctica una deslocalización de los controles migratorios⁷⁴. Además, es importante recalcar que la Declaración UE – Turquía fue tomada por todos los EEMM al margen de las instituciones comunitarias por lo que el TGUE emitió un auto declarándose incompetente para decidir sobre los recursos de anulación que fueron interpuestos al efecto⁷⁵. Poniéndose de manifiesto que el Estado – nación sigue siendo el actor principal en las Relaciones Internacionales.

36. De hecho, una de las principales críticas que se hace al SECA, es que impida presentar solicitudes de asilo en los países de origen, imposibilitando las solicitudes de asilo diplomático⁷⁶. Lo que se traduce en una aglomeración de extranjeros, tanto en situación irregular como de potenciales solicitantes de asilo, en la frontera exterior de la UE ya que se están extendiendo los parámetros de control fronterizo propios de la política migratoria a los solicitantes de asilo y el deseo europeo de presentar la política de inmigración y asi-

⁷⁰ F. J. DE LUCAS, “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los estados de la UE” en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp: 21-27.

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea. Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de la UE con Turquía (7 de marzo de 2016) <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2016/03/07/> [consultado el 20 de octubre de 2021].

⁷¹ J. M. GOIG MARTÍNEZ, “La fallida política común de inmigración de la Unión Europea” en *Vergentis*, Revista de investigación de la Cátedra internacional conjunta Inocencio III, núm. 8, enero-junio 2019 pp. 125 - 158. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo “Nuevas medidas operativas de la cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración” - COM (2016) 166 final. 16 de marzo 2016. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “First report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey statement”, 20 de abril de 2016.

⁷² F. J. DE LUCAS, “Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los estados de la UE” en *Ars iuris salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp: 21-27.

⁷³ Para un examen más amplio y afinado véase, P. GARCÍA ANDRADE, *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria. un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, en especial, pp. 215 y ss.

En relación con la dimensión exterior de la política de inmigración más allá de los acuerdos de readmisión y las dudas que suscita la actuación en ese contexto, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: en busca de una acción de la Unión eficaz, coherente y coordinada”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 33 y ss.

⁷⁴ Sobre el particular, puede verse más ampliamente S. GIL ARAUJO, “Deslocalizar los muros de Europa. los países de origen y tránsito de inmigrantes en el control migratorio de la Unión Europea”, *Revista Temas de antropología y migración*, núm. 2, 2011, pp. 9-33; F. J. DE LUCAS MARTÍN, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, en R. DEL ÁGUILA TEJERINA, (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, pp. 129 y ss.; AMNESTY INTERNATIONAL, *The human cost of fortress Europe. human rights violations against migrants and refugees at Europe’s borders*, index eur 05/001/2014, pp. 13 y ss.

⁷⁵ Auto del TGUE de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo europeo, T-192/16, apdo. 73.

⁷⁶ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”. *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 57, pp. 433-472. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

lo de forma conjunta se ha traducido en una progresiva degradación del estatuto del refugiado⁷⁷. Ahora bien, no podemos negar que tal y como está diseñado el sistema, se impone una presión excesiva y desproporcionada a los países cuya frontera hace parte de la frontera exterior común del ELSJ, es decir, Grecia, Italia y España que son los puntos de entrada de los potenciales solicitantes de asilo y protección subsidiaria⁷⁸ y de hecho con el beneplácito de la UE han puesto en marcha operaciones para controlar los flujos migratorios y combatir la inmigración irregular, destacando entre otras Hera e Indalo, la operación Tritón/Sofía⁷⁹.

37. Por todo esto y ante las críticas recibidas, la Comisión presentó en septiembre de 2020 un nuevo pacto sobre migración y asilo donde, a raíz de las experiencias aprendidas, se busca reformar el SECA con el fin de proporcionar una respuesta adecuada no sólo a los futuros solicitantes de asilo, sino también al desafío migratorio en general. Para ello y en el ámbito concreto del asilo, la Comisión ha incluido en la propuesta de pacto una reforma del Reglamento 604/2013 con uno nuevo conocido como Dublín IV que diseña un sistema más equitativo y proporcionado en el reparto de las solicitudes de asilo con el fin de evitar la sobrecarga en los países fronterizos del ELSJ. Asimismo, esta Institución también ha puesto sobre la mesa del Consejo Europeo y del Parlamento una propuesta para convertir la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) en una Agencia de Asilo de la Unión Europea con amplios poderes y competencias para centralizar las peticiones de asilo⁸⁰.

38. La propuesta de la Comisión parece a priori razonable. Sin embargo, está todavía por verse cómo va a ser su sustanciación material. Puesto que se abre todo un proceso de negociación y debate entre los EEMM que se anuncia complejo, entre otras razones por los diferentes enfoques nacionales respecto del fenómeno migratorio. De modo que la actualización del SECA se encuentra en una situación de *impasse* en este momento⁸¹. En todo caso, la propia Agenda Europea de Inmigración está intentando

⁷⁷ A. SOLANES CORELLA, “Entre Schengen y Dublín: reivindicar el asilo como un derecho en la Unión Europea” Documentación Social nº180, 2016, pp. 149 - 166.

F. J. DE LUCAS MARTÍN, *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 21.

⁷⁸ En este sentido, en nuestra opinión, el análisis de Blanca Garcés-Mascareñas sobre los fallos del sistema Dublín, es mucho más objetivo y ponderador.

B. GARCÉS-MASCAREÑAS, “Por qué Dublín no funciona” en Notes internacionals CIDOB, nº 135, noviembre 2015.

⁷⁹ Sobre el particular, puede verse G. A. OANTA, “Desarrollos jurídicos controvertidos en la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores de la Unión Europea en el marco de Frontex. a propósito de la decisión 2010/252/UE”, en J. M. SOBRINO HEREDIA (DIR.), C. GARCÍA SEGURA, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA y G. PALAO MORENO (coords.), *El desarrollo del tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas jornadas extraordinarias Escuela Diplomática-asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, 22 de junio de 2010, Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, colección Escuela Diplomática, núm. 17, 2011, pp. 171 y ss; M. URREA CORRES, “El control de fronteras de la Unión Europea y su Dimensión Exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de Frontex”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *la Dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, nota 14, Iustel, Madrid, 2012, pp. 249 y ss.; F. ESTEVE GARCÍA, “El rescate como nueva función europea en la vigilancia del mediterráneo”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 111, 2015, pp. 153-172.

⁸⁰ Comisión Europea. Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo (23 de septiembre de 2020) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706 [consultado el 21 de septiembre de 2021] y Comisión Europea. Agenda Europea de Emigración. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf consultado el 2 de octubre de 2020. Concretamente queremos llamar la atención sobre el siguiente párrafo: “*this new system would automatically establish when a country is handling a disproportionate number of asylum applications. It would do so by reference to a country’s size and wealth. if one country receives disproportionate numbers above and beyond that reference (over 150% of the reference number), all further new applicants in that country would (regardless of nationality) be relocated, after an admissibility verification of their application, across the EU until the number of applications is back below that level... ”.*

Comunicación de la Comisión Europea COM (2016) 271 final con propuesta de Reglamento del Consejo y Parlamento europeo sobre agencia de asilo de la unión europea (4 de mayo de 2016) [https://www.europarl.europa.eu/regdata/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2016/0271/com_com\(2016\)0271_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/regdata/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2016/0271/com_com(2016)0271_en.pdf) [consultado el 19 de septiembre de 2021]. Destaca la mención realizada en la página 2 de la propuesta. “*... It would not be plausible to reform the CEAS without providing the agency with a mandate that corresponds to the demands that the reform will entail. It is essential to equip the agency with the means necessary to assist member states in crisis situations, but it is all the more necessary to build a solid legal, operational and practical framework for the agency to be able to reinforce and complement the asylum and reception systems of member states ”.*

⁸¹ J. M. PORRAS MARTÍNEZ, “El reto de construir una política migratoria común en la UE” en A. FERNÁNDEZ PÉREZ, (coord.) *Ciudadanía, asilo e inmigración en la Unión Europea... op. cit.* pág. 90.

paliar las urgencias más acuciantes con toda una serie de medidas de ejecución inmediata. Entre las que destacan⁸², la asistencia a los estados situados en primera línea, la ampliación del fondo de asilo, migración e integración, la facilitación de la política de retorno mediante la firma de acuerdos de readmisión, la lucha contra las organizaciones criminales que se dedican al tráfico ilícito de personas y el refuerzo de las fronteras exteriores de la Unión gracias a la reforma de FRONTEX y EUROPOL.

39. Por otro lado, tanto a nivel de la sociedad civil como en el plano institucional, a través de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, se ha subrayado en la necesidad de poner en marcha mecanismos que garanticen el acceso y aplicación efectiva del derecho de asilo en Europa⁸³. Por todo ello, los EEMM han emitido, a través de fórmulas informales, visados por razones humanitarias con el fin de atender solicitudes de protección internacional planteadas en el exterior⁸⁴. Asimismo tanto la Comisión como el Parlamento europeo han venido defendiendo la articulación de algún tipo de permiso humanitario⁸⁵. Propuestas que siempre han chocado con la lógica intergubernamental del Consejo de la UE. De modo que los EEMM solo han actuado en situaciones muy excepcionales y ejerciendo un considerable margen de discrecionalidad⁸⁶.

V. El sistema europeo de visados

1. El Código comunitario de visados y las potestades del Estado soberano

40. Tras la adhesión de España a la Unión Europea, el sistema español de visados está compuesto, a su vez, por el sistema comunitario que regula las estancias de corta duración y el sistema nacional, que reglamenta las estancias de larga duración. Igualmente, y aunque el Derecho Europeo traza las

⁸² Comunicación de la Comisión Europea COM (2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015.

⁸³ M. A. CANO LINARES, "Asilo y refugio en la Unión Europea: agenda europea de migración y retos del sistema europeo común de asilo (SECA)", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 41, 2016, pp. 219 – 234.

⁸³ UNHCR, "Unhcr proposals to address current and future arrivals of asylum-seekers, refugees and migrants by sea to Europe", Marzo 2015, pp. 5-6; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), "Defending refugees' access to protection in Europe", Diciembre 2007, pp. 51 y 58; RED CROSS EU OFFICE, "Position paper on the right to access to international protection", noviembre 2011; HUMAN RIGHTS WATCH, *EU policies put refugees at risk. an agenda to restore protection*, 2016; AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Vidas a la deriva: personas refugiadas y migrantes en el mediterráneo central", eur 05/006/2014, pp. 2 y 5, o EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox", *fra focus* 02/2015, pp. 3-5.

⁸⁴ V. MORENO-LAX, *Europe in Crisis. Facilitating Access to Protection, (Discarding) Offshore Processing and Mapping Alternatives for the Way Forward*, Red Cross EU Office, 2015, nota 40, p. 37.

⁸⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la labor del grupo especial para el mediterráneo, COM (2013) 869 final, 4 de diciembre de 2013; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones sobre "Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad", COM (2014) 154 final, 11 de marzo de 2014; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, "hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa", COM (2016) 197 final, 6 de abril de 2016.

Resolución del Parlamento europeo sobre la revisión intermedia del programa de Estocolmo (2013/2024 ini), p7-ta (2014) 0276, 2 de abril de 2014, apdo. 83; Resolución del Parlamento europeo, sobre los flujos migratorios en el Mar Mediterráneo, con especial atención a los trágicos hechos acaecidos en aguas de Lampedusa (2013/2827 rsp), p7_ta-prov (2013) 0448, 23 de octubre de 2013, apdos. g) 21 y 22; o Resolución del Parlamento europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre la migración y los refugiados en Europa (2015/2833 rsp), p8-ta (2015) 0317, apdo. 13. Proyecto de resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo al código sobre visados de la unión (código de visados). Comisión LIBE, ponente: Juan Fernando López Aguilar, 5 de abril de 2018. Informe de la Comisión LIBE 2016 sobre el código de visados, enmienda 73.

⁸⁶ Tal y como señala (A. SÁNCHEZ LEGIDO, "El arriesgado acceso a la protección ..." en su pág. 451) a propósito de que los EEMM sí han articulado visados o permisos de entrada en su territorio de carácter humanitario. "Las variantes oscilan entre quienes recurren o han recurrido a tales efectos a visados nacionales de larga duración (Bélgica, Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido), visados Schengen VTL (Finlandia, Malta Italia y Portugal) o, indistintamente y de modo casuístico tanto a visados nacionales como a visados Schengen, sean estos VTL o incluso visados uniformes válidos para todo el territorio de los Estados Miembros (Austria, Dinamarca, Francia, Polonia, España y Holanda)"

líneas esenciales en materia de entradas de corta duración en el ELSJ, la ejecución de dicha estrategia corresponde a los diferentes EEMM que deben interpretar y aplicar las disposiciones comunitarias, dejando el propio legislador comunitario un considerable margen de maniobra y de discrecionalidad en la tramitación y aprobación o denegación de las solicitudes. Extremo que refrenda nuestra convicción sobre el papel central que desempeña la voluntad política del Estado soberano.

41. Los Tratados constitutivos recogen las líneas básicas de esta política que es desarrollada básicamente por dos Reglamentos de la UE: el 810/2009 y el 2018/1806. El primero, también conocido como Código de Visados, ha armonizado las políticas de visados de corta duración, recogiendo los aspectos materiales de estos permisos⁸⁷ (definición, clases, procedimiento, causas de denegación, etc.) y el segundo qué Estados están sujetos a dicha obligación y cuáles no. El artículo 1 del Código de Visado recoge la definición y duración temporal máxima de una estancia de corta duración (90 días al semestre) y los apartados 3, 4 y 5 del artículo 2⁸⁸ del mismo instrumento normativo detallan los tres tipos de visados de corta duración que componen el sistema europeo: el visado uniforme, el de tránsito aeroportuario y el de validez territorial limitada.

42. Por otro lado, y a propósito del VTL y su posible utilización como permiso de carácter humanitario, conviene tener presente que el visado de corta duración será uniforme cuando permita la entrada y circulación en todo el espacio Schengen. En cambio, no lo será cuando se hayan soslayado alguno de los puntos establecidos en el procedimiento de emisión. Por lo que podemos colegir que: “*todos los visados uniformes son de corta duración, no todos los visados de corta duración son uniformes*”⁸⁹. El artículo 4.1 del Código de Visados titulado “*Autoridades competentes para intervenir en los procedimientos relativos a las solicitudes*” dispone que: “*Corresponderá a los consulados examinar las solicitudes y decidir al respecto*”. De esta manera la Embajada o Consulado competente resolverá la solicitud emitiendo bien un visado uniforme (artículo 24), un visado de tránsito aeroportuario (artículo 26) o un visado de validez territorial limitada (artículo 25).

43. Igualmente, debemos tomar en consideración que la discrecionalidad de las Embajadas y Consulados de cada Estado a la hora de conceder o denegar un visado es absoluta⁹⁰, extremo refrendado por el propio Código de Visados tanto en el artículo 21.1 donde se recoge una “cláusula absoluta” para el Estado: “*...se estudiará con la debida atención si el solicitante presenta un riesgo de inmigración ilegal o un riesgo para la seguridad de los Estados miembros, y si el solicitante se propone abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la fecha de expiración del visado solicitado*”, como en el artículo 32 que establece los motivos que justifican una denegación, reafirmando la plena potestad soberana del Estado en este ámbito. Discrecionalidad que ha sido confirmada también por el TJUE en el asunto “*Koushkaki*”⁹¹ que si bien establece en su considerando 63 la imposibilidad de que un EEMM deniegue un visado por motivos distintos de los legalmente establecidos, estos son lo suficientemente amplios para permitir la denegación.

⁸⁷ A. SOMMARRIBAS et AL, “La politique des visas comme canal migratoire”, Université de Luxembourg – rem, Luxembourg, 2011, pág. 21. C. SCHMITTER, F. JULIEN-LAFFERIERE, & J-Y. CARLIER, “Vers une Politique Communautaire des visas de court séjour”, en P. DE BRUYCKER (Dir.) *L'émergence d'une Politique européenne d'immigration*, Bruylant, Bruselas, 2003, p. 151.

⁸⁸ Art 1. “El presente reglamento establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para las estancias previstas en el territorio de los estados miembros no superiores a noventa días en cualquier periodo de 180 días”.

3) «visado uniforme»: el visado válido para todo el territorio de los estados miembros; 4) «visado de validez territorial limitada»: el visado válido para el territorio de uno o más estados miembros, pero no todos; 5) «visado de tránsito aeroportuario»: el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los estados miembros;

⁸⁹ A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, pág. 22.

⁹⁰ Al respecto, puede consultarse a: F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'état et l'Union Européenne, l'exemple français: recherches sur la souveraineté de l'état membre*, LGDJ, París, 2000, pp. 606; y C. BLUMANN, “Les frontières de l'Union Européenne rapport introductif général”, en C. BLUMANN, (dir.), *Les frontières de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 1-15.

⁹¹ STJUE, de 19 de diciembre de 2013, asunto c-84/12 (*Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*).

2. El Reglamento 2018/1806 (Lista positiva y negativa)

44. La estrategia comunitaria de visados es complementada por el Reglamento (CE) 539/2001. Este texto ha sido modificado en reiteradas ocasiones. De ahí que se haya procedido a codificar, armonizar y ordenar todo el acervo existente en el Reglamento 2018/1806⁹². Para ello se articulan dos anexos al Reglamento, el I⁹³ donde se establece la lista de terceros Estados que están sujetos a la exigencia de visado y el II que recoge los Estados que están exentos de dicho permiso de entrada. Dichos anexos también han sido popularmente conocidos como “lista negativa” y “lista positiva” respectivamente⁹⁴.

45. En este sentido, esta doble clasificación, que responde en parte a la estrategia migratoria reseñada en el apartado anterior, es una de las razones por las que la UE es percibida como un espacio de difícil acceso para garantizar en la práctica el derecho de asilo puesto que la normativa se aplica de forma general sin tener en cuenta las posibles excepciones respecto de los posibles solicitantes de asilo o refugio⁹⁵. Imponiendo además obligaciones adicionales en los transportistas que deben asumir los costes de repatriación en caso de denegación de entrada, lo que se traduce en una verificación de la documentación en el país de origen que impide viajar a la persona que no cumpla los requisitos establecidos por la normativa comunitaria, sin tener en consideración sus circunstancias concretas⁹⁶.

⁹² Reglamento (CE) nº539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOCE, L 81 de 21 de marzo de 2001.

Reglamento (UE) del Parlamento europeo y del Consejo 2018/1806 de 14 de noviembre de 2018 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE L 303 de 21 de noviembre de 2018.

⁹³ I. Lista común de terceros países a cuyos nacionales se exige visado en los estados miembros sujetos al Reglamento (UE) nº 2018/1806.

A) Estados.

Afganistán, Angola, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahréin, Bangladesh, Belarús, Belice, Benín, Bhután, Birmania/Myanmar, Bolivia, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, China, Comoras, Congo, Corea del Norte, Costa de Marfil, Cuba, Djibouti, Ecuador, Egipto, Eritrea, Etiopía, Filipinas, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Marruecos, Mauritania, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Papúa N. Guinea, Qatar, República Centroafricana, República Democrática Del Congo, Rep. Dominicana, Rusia, Ruanda, Sto. Tomé Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Sudan Del Sur, Surinam, Suazilandia, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Uganda, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Zambia y Zimbawe.

B) Entidades y autoridades territoriales no reconocidas como estado por al menos un estado miembro.

Autoridad Palestina y Kosovo (tal como se define en la resolución 1244, de 10 de junio de 1.999, del consejo de seguridad de las naciones unidas)

II. lista común de terceros países a cuyos nacionales no se exige visado en los estados miembros sujetos al Reglamento (UE) nº 2018/1806.

Albania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, A.R.Y.M, Australia, Bahamas, Barbados, Bosnia Herzegovina, Brasil, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Colombia, Corea Del Sur, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Georgia, Granada, Guatemala, Honduras, Israel, Japón, Kiribati, Malasia, Marshall Islas, Mauricio, México, Micronesia, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Nauru, Nicaragua, Nueva Zelanda, Palaos, Panamá, Paraguay, Reino Unido, Salomón (Islas), Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, S. Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Santa Sede, Serbia, Seychelles, Singapur, Timor Oriental, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Ucrania, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Además De Un Régimen Especial Para Hong Kong, Macaco, Territorios Británicos de Ultramar y Taiwán.

UNHCR PROJECTED 2019 GLOBAL RESETTLEMENT NEEDS, Ginebra, 25-26 junio 2017, 24.ª consulta anual tripartita sobre reasentamiento, pág. 60. En este informe se señala que todos los nacionales de terceros países que, según ACNUR, pueden ser una potencial fuente de refugiados, están sujetos a la necesidad de visado de acuerdo con el Reglamento Comunitario señalado.

⁹⁴ A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019 pág. 73.

⁹⁵ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo”. *Revista de derecho Comunitario europeo*, 57, 2017, pp. 433-472 Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.02>

⁹⁶ Sobre la llamada responsabilidad del transportista y las dudas sobre su compatibilidad con el derecho internacional, puede verse J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 148-150; o A. OLESTI RAYO, “La inmigración irregular y el control de

VI. Asilo y refugio en el derecho español

1. La Ley 12/2009

46. Una vez trazado el marco general y las disposiciones del ordenamiento jurídico europeo, vamos a analizar la regulación nacional del régimen jurídico humanitario recogido en la Ley 12/2009⁹⁷, que da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Constitución, desarrollando el derecho de asilo y de la protección subsidiaria en España. De esta manera, como señala la propia Exposición de Motivos⁹⁸, con la misma se intenta adaptar el ordenamiento jurídico español a la nueva realidad comunitaria que intenta armonizar el derecho de asilo en el territorio de la UE a través de su inserción en el ELSJ.

47. Dentro de su articulado, estimamos conveniente destacar las siguientes disposiciones. En primer lugar, el artículo 16.1 que establece que los nacionales de terceros países sólo pueden presentar solicitudes de asilo cuando se encuentren en territorio español: “*las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España*”. En segundo lugar, el 17.2 que completa la disposición anterior, recogiendo que: “*...A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley*”. Finalmente, el 21.1 que regula la presentación de solicitudes de asilo en los puestos fronterizos por ciudadanos extranjeros que no reúnen las condiciones para entrar en territorio español, es decir que se han presentado en el puesto fronterizo sin el correspondiente visado. “*Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20...*”.

48. A resultas de estas previsiones, España da cumplimiento a las disposiciones internacionales en materia de protección internacional, puesto que ésta solo puede ser solicitada cuando el peticionario haya llegado físicamente a un puesto fronterizo situado en territorio español, incoándose entonces el correspondiente procedimiento. Por otra parte, todavía no se ha emitido el Reglamento de esta Ley, aplicándose por lo tanto el reglamento de la anterior normativa ya derogada⁹⁹, produciéndose una situación bastante inédita ya que hasta la actual regulación, cada cambio legislativo en materia de asilo había venido acompañado de su correspondiente norma reglamentaria¹⁰⁰. De ahí que, la previsión del artículo 38 de la Ley 12/2009 referente a la presentación de solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados de España, queda muy desvirtuada, lo que ha sido muy criticado doctrinalmente¹⁰¹.

los flujos migratorios en la Unión Europea”, en A. SALINAS DE FRÍAS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (eds.), *Soberanía del estado y derecho internacional. homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 951 y ss.

⁹⁷ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE, núm. 263, 31 de octubre de 2009.

⁹⁸ “...se ha desarrollado una política europea de asilo, que arranca con el tratado de *Ámsterdam* de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad...”.

⁹⁹ Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE, núm. 52 de 2 de marzo de 1995.

¹⁰⁰ I. GARCÍA VITORIA, “Una década sin reglamento de asilo en España: obstáculos e interpretaciones divergentes” en Anuario CIDOB de la inmigración, 2018, pp. 116 - 128.

En este sentido como señala, S. MORGANES GIL, (“La política de asilo en España en el contexto europeo: cambios recientes y perspectivas de desarrollo normativo”, Anuario de la Inmigración en España 2014, 2015, pp. 241 y ss.), en 2014 se intentó tramitar un proyecto de reglamento que no salió adelante y que fue objeto de consideraciones críticas por parte del Consejo General del Poder Judicial. Los datos del informe son los siguientes: CGPJ, *Informe al proyecto de real decreto por el que se aprueba el reglamento de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, 31 de enero de 2014, pp. 22-25.

¹⁰¹ A. SOLANES CORELLA, “Los derechos humanos y asilo. sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española” Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá, 2014, pp. 181 - 210.

De hecho, se ha llegado a afirmar que se suprime “de facto” puesto que la previsión del artículo 38 de la Ley 12/2009 resultaría ineficaz hasta que no se promulgue el Reglamento de dicha norma¹⁰². De modo que lo único que puede hacer el Jefe de Misión es facilitar el traslado a España del solicitante de protección internacional mediante la concesión de un visado de estancia, si es nacional de un país de la lista negativa, con el fin de que realice su solicitud de asilo cuando se encuentre en territorio español; es decir, se introduce un amplio margen discrecional al respecto que deja al arbitrio del Jefe de Misión la valoración del caso concreto y el traslado a España, extremo convalidado jurisprudencialmente como veremos más adelante¹⁰³.

49. La disposición mencionada establece lo siguiente: “*Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley.*”

El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”.

50. Este precepto restringe, por lo tanto, las solicitudes de asilo en las Representaciones españolas a los casos en los que el solicitante no sea nacional del Estado receptor y cuando corra peligro su integridad física. La propia Ley remite la regulación en detalle de estos supuestos a su posterior desarrollo reglamentario, su ausencia se ha traducido en que la Administración se haya mostrado muy restrictiva a la hora de admitir solicitudes de protección internacional presentadas en las Representaciones de España en el exterior¹⁰⁴. Por estas razones, solamente se concederán visados de residencia “*ad hoc*” para personas acogidas en España bajo programas de reasentamiento elaborados por el Gobierno, ACNUR y otras OOII especializadas en este campo, de acuerdo con la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 12/2009¹⁰⁵.

51. Por otro lado y en relación con la necesidad de una nueva norma reglamentaria para que la previsión del artículo 38 sea válida, la STS 3445/2020 de 15 de octubre ha matizado esta afirmación¹⁰⁶. En este sentido, nos interesa lo señalado por el fundamento de derecho 3º: “*A la vista del tenor del precepto, lo primero que debe significarse es que el mismo no regula un régimen jurídico distinto*

¹⁰² A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *Los Visados en el Derecho español y de la Unión Europea*. Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2019, pág. 427.

P. SARDINA CÁMARA, “Comentarios a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, *Diario la Ley*, nº 7370, 2010, epígrafe 3º, *in fine*; L. NAVARRO GANDULLO, M. ALCONADA DE LOS SANTOS, y M. RUBIO RAZO, *Asilo y protección internacional. la situación de las personas refugiadas*, Consejería de Justicia e Interior de Andalucía, Sevilla, 2015, p. 35.

¹⁰³ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

¹⁰⁴ I. GARCÍA VITORIA, *ídem*.

¹⁰⁵ “*El marco de protección previsto en la presente ley será de aplicación a las personas acogidas en España en virtud de programas de reasentamiento elaborados por el gobierno de la nación, en colaboración con el alto comisionado de las naciones unidas para los refugiados, y, en su caso, otras organizaciones internacionales relevantes. El consejo de ministros, ..., acordará anualmente el número de personas que podrán ser objeto de reasentamiento en España en virtud de estos programas...*”.

Si se desea conocer mejor los antecedentes y especialmente el porqué de la introducción de esta previsión en el texto definitivo de la ley ver: A. J. TRUJILLO PÉREZ, “Las claves parlamentarias de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, en A. J. TRUJILLO PÉREZ, y J. M. ORTEGA TEROL, (coord.), *Inmigración y asilo. problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Madrid, 2010, y B. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en Embajadas y Consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, vol. 35 (2018), pp. 10-11.

¹⁰⁶ A. SÁNCHEZ LEGIDO, “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 41, 2021.

STS de 15 de octubre de 2020 (3445/2020).

para la obtención de la protección internacional sino que se limita a regular la atención de aquellas solicitudes que se presentan fuera del territorio nacional y en un tercer país, sujeta a la valoración en la representación diplomática del peligro para la integridad física del solicitante, y por lo demás resultan de aplicación las mismas exigencias sustantivas que determinan el reconocimiento de la protección internacional, ..., que señala la competencia para ello de los Embajadores de España y las circunstancias que deben valorarse al efecto, como son: que se trate de solicitante que no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física. De manera que se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario, ...". En este sentido, la novedad principal que aporta este pronunciamiento judicial es que no hay necesidad promulgar un nuevo Reglamento para que la previsión del artículo 38 sea válida. Sin embargo, se reconfirma jurisprudencialmente que la decisión final para valorar un hipotético traslado a España, responde al Jefe de Misión, es decir, al Estado soberano en última instancia.

52. Asimismo, queremos llamar la atención sobre la STS 1052/2021 de 11 de marzo¹⁰⁷ que, en su fundamento de derecho 5º delimita el disfrute del derecho de asilo y la protección subsidiaria a una situación real y concreta donde la vida o integridad física del solicitante se vea amenazada, disociando dicha disyuntiva de la situación general del país en cuestión. *"Por lo tanto, la concesión de una autorización de residencia por motivos humanitarios, al amparo, ..., de la Ley 12/2009, ...: el riesgo real de padecer en el país de origen daños graves como pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes, o amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto. En el caso de los recurrentes, ..., no es posible deducir circunstancia alguna de la que pueda inferirse un riesgo real de padecer personalmente los daños que en dicho precepto se describen, que no es posible deducir, sin más, como pretende la parte recurrente, del carácter de generalidad con el que se concede la autorización de residencia por motivos humanitarios o de la situación de crisis económica, social o política que pueda padecer su país de origen"*.

2. Visado Humanitario: el caso fallido del visado de validez territorial limitada.

53. El Visado de validez territorial limitada (VTL) se trata de un permiso perteneciente al sistema europeo de visados, puesto que autoriza a su titular a realizar una estancia de corta duración en alguno de los EEMM. Se encuentra regulado en el artículo 25 del Código comunitario de visados, complementado por el artículo 29.b del RELOEx¹⁰⁸. Aunque formalmente se trata de una autorización cuya regulación material ha sido cedida a las Instituciones, en la práctica se trata de una herramienta que conservan los EEMM para conceder un visado de corta duración, soslayando el cauce establecido por el propio Código de Visados. En este sentido, el VTL sería la *"excepción que confirma la regla"* del

¹⁰⁷ STS de 11 de marzo de 2021 (1052/2021).

¹⁰⁸ Art. 25: "1. se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente en los casos siguientes:

a) cuando el estado miembro de que se trate considere necesario, **por razones humanitarias o de interés nacional** o debido a obligaciones internacionales, i) establecer una excepción al principio de obligado cumplimiento de las condiciones de entrada ... código de fronteras schengen, ii) expedir un visado a pesar de que el estado miembro consultado conforme al artículo 22 se oponga a la expedición de un visado uniforme, o iii) expedir un visado por razones de urgencia, aunque no se haya efectuado la consulta previa a que se refiere el artículo 22, o

b) ...

2. el visado de validez territorial limitada será válido en el territorio del estado miembro de expedición... 3...

4. cuando se expida un visado de validez territorial limitada en alguno de los supuestos previstos en el apartado 1, letra a), las autoridades centrales del estado miembro de expedición comunicarán sin tardanza la información pertinente a las autoridades centrales de los demás estados miembros...

5..."

Art. 29.b: "Visado de validez territorial limitada: válido para el tránsito o la estancia en el territorio de uno o más de los estados que integran el espacio Schengen, pero no para todos ellos. la duración total del tránsito o de la estancia no podrá exceder de noventa días por semestre".

visado uniforme Schengen. Una lectura preliminar de las disposiciones que lo regulan, nos podría llevar a entender que su concesión obedece a “razones humanitarias”. Sin embargo, la práctica consular nos muestra que su verdadera razón de ser y el porqué de su carácter excepcional reside en la expresión “*interés nacional*”. De ahí que hayamos calificado al VTL como un supuesto fallido a la hora de conseguir que la UE articule un visado de carácter humanitario¹⁰⁹. Puesto que en realidad se trata de un visado de índole nacional incardinado en la normativa comunitaria.

54. De modo que el visado de validez territorial limitada, como muy acertadamente indica KIRKPATRICK, “es uno de los últimos reductos de soberanía que mantienen las Administraciones Nacionales en el entramado jurídico de la Unión Europea”. Puesto que, en el marco de las competencias cedidas, se permite que cualquier EEMM del ELSJ pueda emitir unilateralmente este tipo de permisos en la forma y plazo que estime conveniente, sorteando al mismo tiempo los cauces y requisitos marcados por la normativa comunitaria. Específicamente, la realización de la consulta previa al resto de EEMM fijada por el artículo 22 del Código de Visados o bien, cuando a resultas de dicha consulta, algún EEMM haya puesto objeciones a la concesión de dicho visado. Asimismo, y reafirmando el carácter del VTL como herramienta al servicio de los intereses nacionales de un Estado miembro, la normativa comunitaria no determina ningún cupo o cifra concreta de visados emitidos, limitándose solamente a establecer que su concesión deberá ser “*excepcional*”. La incoación de este permiso es decidida unilateralmente por la propia Misión Diplomática, siendo de expedición inmediata y se justifica cuando ocurran circunstancias excepcionales, de acuerdo con la expresión utilizada en el artículo 25 del Código de Visados, que se aparten de los condicionantes habituales de concesión de visados¹¹⁰.

55. Por estas razones, el VTL se convierte en un permiso ideal para autorizar entradas en España a ciudadanos de terceros países del Anexo I en un plazo de 24 o 48 horas, primando el componente de “*interés nacional*” sobre las razones humanitarias. Bajo esta denominación genérica, que constituye un verdadero cajón de sastre, los EEMM conservan una herramienta de política exterior de carácter inequívocamente unilateral, mediante la que pueden otorgar un visado sin seguir los cauces normativos previstos; que fijan una comunicación “*ex ante*” al resto de EEMM, mientras que con el VTL la comunicación tiene un carácter “*ex post*”. En este sentido, la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2017 sobre el asunto C-638/16 zanjó además el debate respecto de la posibilidad que el ordenamiento jurídico europeo obligue a los EEMM a emitir un visado VTL por razones humanitarias, remitiendo a los ordenamientos jurídicos internos respecto de dicha obligación, destaca el considerando 49 donde el TJUE advierte y es consciente que de permitir la emisión de un VTL en base a razones humanitarias, se estaría permitiendo que se presentaran este tipo de solicitudes en las Representaciones Diplomáticas de los EEMM situadas en terceros estados¹¹¹.

¹⁰⁹ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Visa humanitaria y espacio Schengen: entre la opción y la obligación (a propósito del Asunto c-638/16)” en Repensar la unión europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII jornadas AE-PDIRI / N. CORNAGO PRIETO (ed. lit.), J. L. CASTRO MONTERO (ed. lit.), L. MOURE PEÑIN (ed. lit.), 2019, págs. 411-422

¹¹⁰ A. KIRKPATRICK DE LA VEGA y G. GONZÁLEZ GARCÍA, *op.cit.*, pág. 58 y 59.

¹¹¹ STJUE (gran sala) de 7 de marzo de 2017, X y X/État belge (asunto c-638/16 ppu) DOUE c144/13 de 8 de mayo de 2017. Conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto c638/16 ppu, puntos 89, 93 y 97.

S. MORGADES-GIL, “Humanitarian visas and EU law: do states have limits to their discretionary power to issue humanitarian visas?”, *European Papers*, vol. 2, n.º 3 (2017), pp. 1005-1016; M. H. ZOETEWELJ-TURHAN y A. ROMANO, “*X and X v. Belgium: the need for eu legislation on humanitarian visa*”, *Sui-generis* (2017): 68 y ss. disponible en <https://sui-generis.ch/article/view/sg.35/0>.

M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Visa humanitaria y espacio Schengen: entre la opción y la obligación ...” *op. cit.*

En relación con dicho pronunciamiento judicial, nos interesan especialmente los considerandos 44: “*además, en la medida en que el legislador de la unión no ha adoptado hasta la fecha ningún acto sobre la base del artículo 79 TFUE, apartado 2, letra a), con respecto a las condiciones en las cuales los estados miembros expedirán visados o permisos de residencia de larga duración a los nacionales de terceros países por razones humanitarias, ..., las solicitudes controvertidas en el litigio principal sólo están sujetas al derecho nacional*”.

48: “*es preciso añadir que la conclusión contraria equivaldría a permitir a los nacionales de terceros países, ..., que presenten solicitudes de visado, basándose en dicho código (de visados), con la finalidad de obtener la protección internacional en el estado miembro de su elección, lo cual iría en contra de la estructura general del sistema establecido por el Reglamento nº 604/2013*”

49: “*debe observarse también que tal conclusión contraria equivaldría a obligar a los estados miembros, en virtud del código de visados, a permitir, en la práctica, a los nacionales de terceros países que presenten una solicitud de protección internacional*”

56. De ahí que, a resultas de este pronunciamiento judicial, la Comisión presentara una tímida propuesta para reformar el Código de Visados en un sentido más favorable a este tipo de solicitantes, incluyendo un nuevo apartado 4 en el artículo 19¹¹² en el que permite admitir solicitudes de visados que no cumplan todos los requisitos cuando existan motivos humanitarios o razones de interés nacional. Sin embargo, el debate continúa abierto y la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento europeo ha solicitado la reforma del Código de Visados con el fin de que se ponga en marcha un visado humanitario europeo de modo que los nacionales de terceros países puedan cursar sus solicitudes en cualquier Embajada o Consulado de un EEMM, señalando los motivos por los que dicen sufrir persecución o amenaza, seguida de una entrevista que acredite con argumentos fundamentados la existencia de ese peligro contra la vida o integridad física del solicitantes, siendo contestada dicha solicitud en un plazo máximo de 15 días y dejando abierta la vía a la posible revisión en vía administrativa o jurisdiccional en caso de que sea rechazada. Ahora bien, esta propuesta sigue pendiente de aprobación debido a las reticencias del Consejo, que representa la voluntad de los EEMM, para asumirla¹¹³.

57. Sin embargo, el hecho que no se haya configurado un visado uniforme de carácter humanitario a nivel de todo el ELSJ, no impide que el VTL pueda ser emitido unilateralmente por el Estado en base a razones humanitarias. Como ya hemos visto, su emisión responde a la voluntad política del Estado del Estado soberano¹¹⁴. De esta manera, si acudimos al Derecho comparado, encontramos la experiencia piloto de Brasil en este campo. En este sentido, tras el terremoto que asoló el país en el mes de enero de 2010, se puso en marcha un sistema de permisos humanitarios para nacionales de Haití que podían solicitar dicho permiso en la Embajada brasileña en Puerto Príncipe y posteriormente en cualquier Consulado brasileño. Flexibilizando en gran medida los requisitos exigidos para la emisión del visado y requiriendo solamente la tenencia de un pasaporte válido, prueba de residencia en Haití y un certificado de buena conducta. En 2013, ante el deterioro de la situación en Siria se adoptó un sistema similar con una flexibilización aún mayor de los requisitos. De hecho, se admitieron solicitudes de visados humanitarios a titulares de pasaportes sirios caducados a los que se proveyó de un documento de viaje o *laissez-passer*. Este sistema fue elogiado vivamente por ACNUR que instó a que otros países de la comunidad internacional adoptaran un sistema semejante¹¹⁵.

3. Visado humanitario: el caso fallido del visado de tránsito aeroportuario

58. Como consecuencia del auge y proliferación a gran escala de las comunicaciones aéreas en la segunda mitad del siglo XX, los aeropuertos con zonas de conexión internacional se han convertido también en una ubicación donde el Estado soberano debe realizar la función de control fronterizo, al

en las representaciones de los estados miembros situadas en el territorio de un tercer país. pues bien, teniendo en cuenta que el código de visados no tiene como finalidad armonizar la normativa de los estados miembros relativa a la protección internacional, es preciso hacer constar que los actos de la unión adoptados sobre la base del artículo 78 TFUE, ..., no prevén tal obligación y, al contrario, excluyen de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los estados miembros...".

¹¹² “Como excepción a lo dispuesto en el apartado 3, podrá considerarse admisible una solicitud que no cumpla los requisitos fijados en el apartado 1 cuando existan motivos humanitarios o razones de interés nacional, o en cumplimiento de obligaciones internacionales.” M^a. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos Europeos de Deusto, n°60, 2019, pp. 219 – 264.

¹¹³ Informe de 4 de diciembre de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios (2018/2271 (inl). Comisión de Libertades, Justicia y asuntos de Interior (iniciativa artículo 46 del Reglamento interno del Parlamento Europeo).

¹¹⁴ De hecho, tenemos el ejemplo reciente de todos los ciudadanos afganos que han trabajado en embajadas de países UE y han sido acogidos por dichos EEMM, España entre ellos, en base a razones humanitarias. El País: España comienza a recibir a refugiados afganos antes que otros países de la Unión Europea (19 de agosto de 2021) <https://elpais.com/espana/2021-08-19/espana-comienza-a-recibir-a-afganos-solicitantes-de-asilo-antes-de-enviarlos-a-otros-paises-de-la-union-europea.html> [consultado el 19 de septiembre de 2021].

¹¹⁵ L. JUBILUT, C. MUIÑOS DE ANDRADE SOMBRA, A. DE LIMA MADUEIRA, “Visados humanitarios: la experiencia de Brasil como base”. Migraciones forzadas 53. octubre 2016, pp. 76-78 www.fmreview.org/es/proteccion-comunitaria

tener lugar en dicho espacio, el tránsito, llegada y salida de personas y mercancías¹¹⁶. En este sentido, el anexo 9 del Convenio de Chicago¹¹⁷ fija las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos bajo la jurisdicción inmediata del Estado en cuyo territorio figure dicho aeropuerto. Por todo ello, surge la figura de un visado de naturaleza jurídica muy particular, el visado de tránsito aeroportuario¹¹⁸. Este permiso se caracteriza, a diferencia del resto de visados, en que no permite que su titular pueda cruzar las fronteras exteriores del ELSJ, autorizando solamente a que su poseedor realice una conexión aérea internacional en un aeropuerto del ELSJ.

59. El visado de tránsito aeroportuario se encuentra regulado en los artículos 2.5 y 3 del Código de Visados¹¹⁹ y es desarrollado reglamentariamente por los artículos 25, 26 y 27 del RLOEX. Este permiso se exige a los nacionales de determinados estados cuando transiten en conexión aérea internacional en algunos de los aeropuertos del ELSJ y no estén en posesión de un visado Schengen ordinario. Concretamente y de acuerdo con el anexo IV del Código de Visados, se exige a las siguientes nacionalidades¹²⁰: Afganistán, Bangladesh, Eritrea, Etiopía, Ghana, Irán, Irak, Nigeria, Pakistán, República Democrática del Congo, Somalia y Sri Lanka. En el caso concreto de tránsitos internacionales en aeropuertos españoles, España lo exige además a las siguientes nacionalidades: Camerún, Costa de Marfil, Cuba, Djibuti, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, India, Liberia, Mali, República del Congo, Sierra Leona, Siria, Togo y Yemen. También necesitan visado los titulares de pasaportes expedidos por la Autoridad Palestina. Asimismo, el anexo V del Código de Visados determina que los titulares de permisos de residencia de larga duración de Andorra, Canadá, Japón, San Marino, Estados Unidos y de cualquier país del EEE que sean nacionales de algunos de los países sujetos a la obligatoriedad de un visado de tránsito, estarán exentos de dicho requisito cuando hagan escalas aéreas internacionales en el ELSJ.

60. Por otro lado, y dada la singularidad de este visado, existe abundante jurisprudencia española¹²¹ que convalida estas previsiones y ratifica la obligatoriedad de un visado de tránsito aeroportuario en las condiciones reseñadas en el Código de Visados y desarrolladas por el RLOEX. De hecho, la razón de ser de este permiso radica en que, con su exigencia, se busca impedir que determinadas nacionalidades lleguen a la zona internacional de un aeropuerto del ELSJ y soliciten asilo, tergiversando el espíritu de esta institución y abusando de los mecanismos del derecho de asilo y/o refugio al eludir su cauce habitual de funcionamiento. Estableciéndose al mismo tiempo una excepción al principio de libre circulación de las zonas

¹¹⁶ A. DEL VALLE GÁLVEZ, “Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 9, 2005

¹¹⁷ Anexo 9 a la Convención sobre Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1944 sobre la Facilitación al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, undécima edición, julio de 2002, Capítulo 1.a, pág. 1-1.

Asimismo, existe abundante jurisprudencia que confirma la soberanía estatal sobre las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos.

⁵TEDH, 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia* cit., apartado 52.

⁵TJUE, 12 de mayo de 1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea, Asunto c-170/96.

TC, Auto del Tribunal Constitucional de 6 de marzo 1996, 55/1996.

¹¹⁸ G. ALONSO MARTÍNEZ, “La regulación jurídica del visado de tránsito aeroportuario en el código de visados” en *Anuario Hispano – Luso – Americano de Derecho Internacional*, vol. 24 (2019 – 2020), pp. 325 – 357.

¹¹⁹ El artículo 2.5 del Código lo define de la siguiente manera: “*«visado de tránsito aeroportuario»: el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los estados miembros*”

¹²⁰ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Visados de Tránsito aeroportuario (31 de enero de 2020) [http://www.exteriores.gob.es/portal/es/serviciosalciudadano/informacionparaextranjeros/paginas/visadosdetr% c3%a1nsto aeroportuario.aspx](http://www.exteriores.gob.es/portal/es/serviciosalciudadano/informacionparaextranjeros/paginas/visadosdetr%c3%a1nsto aeroportuario.aspx) [consultado el 5 de noviembre de 2021].

^{E1} cribado de naciones a las que se exige un visado de tránsito aeroportuario, se realiza en base al concepto de país seguro que viene definido en las págs. 13 y 60 respectivamente del anexo 2 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005. DOUE L 326 de 13 de diciembre de 2005 y del anexo I de la directiva 2013/32/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013. DOUE L 180 29 de junio de 2013. Se considerará un país de origen seguro cuando, “*atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto amado internacional o interno*”.

¹²¹ A título de ejemplo: STSJ de Madrid, 20 de septiembre de 2006, nº 683/2006. STS, 31 de mayo de 2006, nº 4261/2003.

de tránsito internacional de los aeropuertos y cerrando la puerta a la posibilidad que un permiso de tránsito aeroportuario se pueda erigir en un visado humanitario dentro del ordenamiento jurídico español¹²².

61. En este sentido, múltiples organizaciones de la sociedad civil y especialmente la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) han exigido a las autoridades españolas la articulación de visados humanitarios, así como la eliminación de la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario para los nacionales de terceros estados inmersos en una situación de conflicto. Puesto que en definitiva con este permiso se está realizando una labor de control y cribado migratorio por los países de origen y con carácter previo a la llegada al ELSJ¹²³.

4. Programa Defensores DDHH

62. Ahora bien, el hecho que ni el VTL ni el visado de tránsito aeroportuario sean permisos de carácter humanitario “per se”, no es óbice para que España siga cumpliendo con sus compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos. En este sentido, se ha incluido una línea de acción exterior *ad hoc*¹²⁴ y además se ha puesto en marcha un Programa específico de protección de los Defensores de Derechos Humanos gestionado por la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores¹²⁵.

63. Según Amnistía Internacional¹²⁶, se puede definir a los Defensores de Derechos Humanos como “aquellas personas que, a título individual o colectivo, trabajan para hacer realidad los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las diversas normas que la desarrollan. Ese compromiso se ha demostrado fundamental para visibilizar situaciones de injusticia social, combatir la impunidad e impulsar los procesos democráticos en todo el mundo”. Esta necesidad de protección de los Derechos Humanos y el importante papel desempeñado por los Defensores de Derechos Humanos, fue reconocido por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 53/144¹²⁷ sobre “el Derecho y Deber de los Individuos, los grupos y las instituciones de

¹²² G. ALONSO MARTÍNEZ, “La regulación jurídica del visado ...” op. cit.

Extremo confirmado por el artículo 2.3 del código de visados: “el presente reglamento determina asimismo los terceros países a cuyos nacionales se exige estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario, como excepción al principio de libre tránsito consagrado en el anexo 9 del Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional, y establece los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los estados miembros”.

¹²³ Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Informe 2016. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/06/informe_cear_2016.pdf p.55 [consultado el 3 de diciembre de 2021] y Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Informe 2020. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/informe-anual_cear_2020_.pdf pág. 121 [consultado el 20 de agosto de 2021].

B. RYAN, y V. MITSILEGAS, *Extraterritorial immigration control*, Brill Nijhoff, 2010, p. 14 y M. TRÉMOLIÈRES, (Dir) “Cahiers de l’Afrique de l’ouest. Les enjeux régionaux des migrations ouest-africaines. Perspectives africaines et européennes”. <https://www.oecd.org/fr/publications/les-enjeux-regionaux-des-migrations-ouest-africaines-9789264056039-fr.htm> [consultado el 13 de agosto de 2021].

¹²⁴ Artículo 16 de la Ley de Acción Exterior.

“1. La Acción Exterior en materia de derechos humanos promoverá la extensión, reconocimiento y efectivo cumplimiento de los principios fundamentales defendidos por la comunidad internacional de Estados democráticos y reconocidos en la propia Constitución Española, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los demás pactos y tratados ratificados por España en esta materia, en especial las Directrices de derechos humanos de la Unión Europea.

2. Asimismo, promoverá la cooperación internacional en materia de defensa y garantía de los derechos humanos y contará para ello con el trabajo de proyección exterior de los órganos constitucionales”.

¹²⁵ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Derechos Humanos. <http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/derechoshumanos/paginas/inicio.aspx> [consultado el 17 de agosto de 2021].

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Prioridades Españolas en materia de Derechos Humanos. <http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/derechoshumanos/paginas/prioridades.aspx> [consultado el 5 de octubre de 2021].

¹²⁶ Amnistía Internacional. Defensores de Derechos Humanos. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/defensores/> [consultado el 16 de agosto de 2021].

¹²⁷ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución de 8 de marzo de 1999. <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/proteccion-ddhh/1998-derecho-deber-promover-y-protoger-ddhh.pdf> [consultado el 16 de agosto de 2021].

promover y proteger los Derechos Humanos y las Libertades Universales universalmente reconocidas” de 8 de marzo de 1999.

64. De esta manera y además de toda la actividad diplomática desplegada, gracias al Programa señalado anteriormente, España cuenta con un catálogo de medidas para garantizar la protección real y efectiva de quienes propugnan el cumplimiento real y efectivo de los Derechos Humanos. Estas disposiciones, recogidas en el Real Decreto 1257/2007¹²⁸ contemplan el apoyo y acompañamiento diplomático y financiero para la persona amenazada y en los casos en que haya un riesgo real para su vida y/o integridad física, se contempla su acogimiento temporal en España. De hecho, el mencionado Real Decreto realiza la siguiente mención en su exposición de motivos: “*así, el compromiso de nuestro Gobierno en la promoción internacional de los derechos humanos, en sus distintas dimensiones, se concreta, entre otras muchas actuaciones, en la acogida temporal en España de aquellos extranjeros que se ven sometidos a este tipo de riesgos o amenazas por su compromiso con los derechos humanos*”.

65. Para ello, nuestro ordenamiento ha previsto una cauce extraordinario para garantizar la llegada a España del Defensor a través del artículo 50 del RELOEX, que recoge la posibilidad que el Ministerio de Asuntos Exteriores ordene la emisión de un visado de residencia de carácter extraordinario cuando circunstancias de política exterior o el interés de España así lo aconsejen¹²⁹.

VII. Conclusiones

66. No podemos negar que la Sociedad Internacional ha sufrido una notable evolución desde la configuración del Estado – nación soberano e independiente en 1648 hasta la articulación de la realidad que conocemos hoy en día; donde la singularidad estatal se ha visto subsumida en realidades supranacionales que han asumido competencias soberanas por delegación y además han auspiciado toda una serie de compromisos en materia de Derechos Humanos que ha matizado las competencias territoriales del Estado soberano. Esta es la situación en la que se encuentra España tanto en su realidad nacional como en su dimensión comunitaria.

67. Por otro lado, la escena internacional se ha visto profundamente afectada también por un fenómeno migratorio de carácter mixto donde una combinación de migrantes irregulares y potenciales solicitantes de asilo se han agolpado en las fronteras exteriores de Europa. Surgiendo en España y Europa el dilema de cómo aunar el compromiso con la dignidad humana con la gestión de toda una maquinaria institucional donde deben ponderarse otras consideraciones de carácter estratégico. De esta manera, ¿cómo encajamos el visado humanitario en esta ecuación?

68. En primer lugar, el TJUE ha señalado que en el Derecho de la UE no se reconoce la obligatoriedad de la emisión de un visado VTL por razones humanitarias quedando situada dicha decisión en el ámbito del derecho nacional, es decir, en la voluntad del Estado. Asimismo, este pronunciamiento ha puesto de manifiesto la existencia de una laguna jurídica en el ordenamiento jurídico europeo puesto que

¹²⁸ Real Decreto 1257/2007, de 21 de septiembre, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas a personas que se vean amenazadas o perseguidas por su actividad en defensa de los derechos humanos, en sus países de residencia habitual fuera de España. BOE nº 238 de 4 de octubre de 2007.

¹²⁹ “1. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para atender circunstancias extraordinarias y en atención al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial la política de inmigración, la política económica y la de seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España, podrá ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un visado de residencia.

2. La Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios informará de dicha expedición a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y remitirá copia de los documentos mencionados en los apartados a), b) y d) del artículo 48.2 de este reglamento, a los efectos de concesión al interesado, previo informe del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, de una autorización extraordinaria de residencia.”.

A. KIRKPATRICK DE LA VEGA, y G. GONZÁLEZ GARCÍA, op. cit., pág. 282 y ss.

no se han articulado mecanismos para comenzar un procedimiento de admisión incoado en el país de origen o tránsito de personas que necesiten protección internacional, obligándoles a recurrir a las rutas migratorias irregulares¹³⁰. Igualmente, el SECA sigue siendo un acuerdo de mínimos y los EEMM no han adquirido un compromiso político de reasentar en sus territorios a aquellas personas necesitadas de protección internacional, a pesar de que ya existen precedentes al respecto. De modo que la Comisión ha presentado una propuesta formal al respecto con el fin de pasar de un acuerdo informal a un marco jurídico estable¹³¹.

69. En segundo lugar, la reciente reforma del Código de Visados no ha tenido en cuenta las propuestas al respecto presentadas por el Parlamento Europeo, pesando la voluntad del Consejo, es decir de los EEMM¹³². Ahora bien, todos los EEMM recogen de una u otra manera permisos asimilables a un visado humanitario que no se han podido generalizar por las carencias del SECA. De modo que su concesión ha quedado circunscrita a la discrecionalidad de los EEMM¹³³.

70. En tercer lugar, estas disyuntivas también aparecen en el ordenamiento jurídico español. A pesar de lo cual, con la Ley 12/2009 se intentan hacer realidad el compromiso de España con los solicitantes de protección internacional. Completándose además esta norma con diversos pronunciamientos judiciales. Asimismo, España ha puesto en funcionamiento programas institucionales para acoger a posibles solicitantes de asilo y/o refugio. Además de emitir, visados de estancia, VTLs o visados nacionales cuando la realidad internacional así lo ha exigido, siendo la reciente crisis de Afganistán, el caso más paradigmático.

¹³⁰ M^a. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos europeos de Deusto, nº60, 2019, pp. 219 – 264.

¹³¹ Recomendación (UE) 2015/914 de la Comisión de 8 de junio de 2015 sobre un Programa Europeo de Reasentamiento. DOUE L 148/32. En la misma, se fijaba un cupo para cada Estado al que se llegaba tomando en consideración los siguientes factores: tamaño de la población, como reflejo de la capacidad del estado de acoger un determinado número de refugiados; PIB total, expresión de la riqueza absoluta de un país, y por tanto como indicador de la capacidad de una economía de absorber e integrar a los refugiados; número medio de solicitudes de asilo espontáneas y número de refugiados reasentados por cada millón de habitantes durante el período 2010-2014, como reflejo de los esfuerzos realizados por los estados en el pasado reciente, y, finalmente, tasa de desempleo (cifras de 2014), como indicador de la capacidad de absorción de los refugiados.

Conclusiones del consejo de la unión europea de 20 de julio de 2015 disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-11130-2015-init/es/pdf>.

COM (2016) 468 final, 13 de julio de 2016 (2016/0225 cod). Sobre el desarrollo de las negociaciones y los trilogos ver M. GÓMEZ LEAL PÉREZ, “El procedimiento legislativo ordinario en la práctica: los acuerdos en primera lectura”, Cuadernos Europeos de Deusto, 52 (2015), pp. 101-118. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18543/ced-52>

En este sentido, como señala M^a. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante ...” la pelota está en el tejado del COREPER y puede que esta propuesta haga del reasentamiento un instrumento de control migratorio.

¹³² Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 810/2009 por el que se establece un código Comunitario sobre visados (código de visados), comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior. ponente: Juan Fernando López Aguilar, 6 de diciembre de 2018 (ref. a8- 0434/2018).

Las enmiendas fueron aprobadas con el apoyo de una importante mayoría de europarlamentarios: 401 votos a favor, 222 en contra y 40 abstenciones.

M^a. D. BOLLO AROCENA, “Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el derecho de la Unión: el incierto futuro del visado humanitario europeo y del marco europeo de reasentamiento” Cuadernos europeos de Deusto, nº60, 2019, pp. 219 – 264.

¹³³ G. NOLL, y J. FAGERLUND, y F. LIEBAUT, *Study on the feasibility of processing asylum claims outside the EU against the background of the common asylum system and the goal of a common asylum procedure*, European Commission & The Danish centre for Human Rights, 2002, pp. 95 y ss.

Similares aproximaciones, realizadas en desarrollo del citado estudio, O. LEPOLA, *Counterbalancing externalized border control for international protection needs: humanitarian visa as a model for safe access to asylum procedures*, Åbo Akademi University, Institute for Human Rights 2011, pp. 14 y ss.; EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Visa policy as migration channel produced by the European migration network, synthesis report*, 2012, pp. 19 y ss.

Para un reciente estudio del sistema de Dublín y unas propuestas de reforma que no alteran la esencia de un modelo firmemente asentado sobre la regla del país de entrada, véase J. ABRISKETA URIARTE, *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea*, Cizur menor, 2020. V. MORENO-LAX, *Europe in crisis. Facilitating access to protection, (discarding) offshore processing and mapping alternatives for the way forward*, Red Cross EU Office, 2015, p. 37.

71. Finalmente, queremos dejar constancia una vez más del compromiso español con los potenciales solicitantes de asilo, trayendo a colación el Real Decreto 882/2021 de 11 de octubre que prevé la acogida en España de 130.000 potenciales solicitantes de asilo en 2022¹³⁴, articulando el correspondiente apoyo presupuestario. De ahí que queremos concluir este trabajo con esta mención. Puesto que no estamos hablando de un debate jurídico, sino más bien de una cuestión de voluntad política y España se encuentra en la vanguardia en el respeto de los Derechos Humanos.

¹³⁴ Real Decreto 882/2021, de 11 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a determinadas entidades para la financiación del Sistema Nacional de Acogida e Integración de Personas Solicitantes y Beneficiarias de Protección Internacional y la atención sociosanitaria en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta y Melilla. BOE, núm. 244 de 12 de octubre de 2021.

CONTRATOS INTERNACIONALES DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO, ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA*

INTERNATIONAL TIMESHARE CONTRACTS, SOME ISSUES RAISED IN THE LIGHT OF SPANISH JURISPRUDENCE

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Extremadura*

ORCID ID: 0000-0003-1627-6725

Recibido 20.12.2021 / Aceptado: 14.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6694>

Resumen: La proliferación de contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico en el mercado es una realidad acreditada a la vista del elevado número de pronunciamientos de los órganos judiciales españoles en los últimos tiempos. Su análisis, que centra el objeto del presente estudio, permitirá poner de relieve las principales dificultades derivadas no solo de la complejidad de esta figura sino también de la internacionalización de las relaciones jurídicas de las que es objeto. Centrándonos en los problemas relativos a la determinación de la competencia judicial internacional haremos una breve referencia a la legitimación pasiva y, por su vinculación, a la designación del Derecho aplicable.

Palabras clave: contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, competencia judicial internacional, derecho aplicable, legitimación procesal, protección de consumidores

Abstract: The proliferation of timeshare contracts in the market is a reality in view of the high number of pronouncements by Spanish judicial bodies in recent times. Its analysis, which focuses on the object of this study, will allow to highlight the main difficulties derived not only from the complexity of this figure but also from the internationalization of the legal relationships to which it is the subject. Focusing on the problems relating to the determination of international judicial competence, we will make a brief reference to passive legitimation and, due to its connection, to the designation of the applicable law.

Keywords: time-share contracts, international jurisdiction, applicable law, procedural legitimacy, Protection of consumers.

Sumario: I. Introducción. II. Elementos que caracterizan el contrato internacional de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles 1. Objeto del contrato. 2. Sujetos participantes. III. La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción de nulidad. 1. Inaplicabilidad de foros de competencia exclusiva. 2. La protección del consumidor. A) *Forum actoris* y particularidades del domicilio del demandado ex artículo 18 R. 1215/12. B) El foro de la sucursal C) Limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad. IV. La legitimación.

* Este estudio ha sido realizado en el ámbito del Proyecto IB181016 relativo al “Análisis jurídico y nuevos retos de la protección de los consumidores en el mercado digital: especial referencia al turista y a los consumidores de servicios de salud”, concedido en el marco del VI Plan I+D+i (2017-2020) de la Junta de Extremadura, Consejería de Economía e Infraestructura, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

I. Introducción

1. El turismo constituye una actividad económica de creciente importancia tanto en el mercado internacional como europeo y, por supuesto, el nacional. En la actualidad se configura como un sector con un impacto muy positivo en el crecimiento económico y el empleo, y una de las actividades socioeconómicas más relevantes además de constituir un factor de integración social cuya incidencia también se verifica en sectores como el patrimonio cultural y natural. España es un país líder mundial en el sector, en el que el turismo es considerado eje estratégico de la economía nacional y uno de los más importantes activos para la generación de riqueza y empleo. En este contexto, la ordenación de las relaciones entre sujetos particulares que intervienen en el mercado de productos y servicios turísticos adquiere especial relevancia.

2. En la actualidad la aparición de nuevas formas de comercialización de productos y servicios turísticos y la intervención de nuevos agentes y operadores en el mercado del sector, son notas que caracterizan esta actividad económica a la vez que la dotan de cierta complejidad. Un ejemplo lo encontramos en el desarrollo que hoy presenta la figura de los contratos internacionales sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. La Ley 4/2012 de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias¹, en la que puede apreciarse la constante evolución de estos contratos, ha tratado de abordar aquella complejidad. Para ello, junto a la protección de los consumidores incorpora los nuevos productos vacacionales y transacciones relacionadas con el régimen de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico².

3. Sin embargo, la realidad de la práctica judicial evidencia la dificultad que introduce la internacionalización de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Un elevado número de decisiones de nuestros órganos judiciales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de relaciones contractuales. Además de la proliferación que presenta actualmente el desarrollo del mercado de estos productos, esta circunstancia se configura como uno de sus mayores obstáculos.

4. La realidad descrita justifica la realización de este trabajo. En él nos proponemos analizar las cuestiones que plantea actualmente el régimen jurídico de los contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico a partir de la práctica judicial. Para ello hemos optado por el estudio de algunas decisiones judiciales recientemente adoptadas, entre otras, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife³ y por la Audiencia Provincial de Málaga⁴ que nos permitirá poner de relieve la complejidad de las relaciones jurídicas que tienen por objeto este tipo de contratos. Una complejidad acentuada por el carácter internacional de los supuestos litigiosos, derivado tanto de elementos subjetivos como objetivos.

¹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012

² Desde la elaboración de la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (*DO L 280* de 29.10.1994) tras puesta a nuestro ordenamiento por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (*BOE* núm. 300 de 16 de diciembre de 1998), en el seno de la UE se han elaborado iniciativas hasta la más reciente Directiva 2008/122/CE de 14 de enero del 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los aprovechamientos por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio (*DOUE L 33*, de 3 de febrero de 2009). Véase, M. SABIDO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales: la protección del turista consumidor*, Aranzadi, 2020.

³ Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de diciembre de 2020 (Roj: SAP TF 2856/2020 - ECLI:ES:APTF:2020:2856) y de 2 de marzo de 2021 (Roj: SAP TF 510/2021 - ECLI:ES:APTF:2021:510)

⁴ Autos de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de marzo de 2021 (Roj: AAPMA 12/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:12A); de 18 de marzo de 2021 (Roj: AAP MA 5/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:5A); de 23 de marzo de 2021 (Roj: AAP MA 46/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:46A); de 31 de marzo de 2021 (Roj: AAP MA 58/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:58A)

5. Estructuraremos el trabajo en cinco apartados. En primer lugar centraremos nuestra atención en la naturaleza de la relación contractual. Aunque sea brevemente, el estudio propuesto requiere delimitar la configuración de los derechos objeto de este tipo de contratos y los sujetos que intervienen en la relación jurídica. Aspectos que condicionan tanto el régimen de la determinación de la competencia judicial internacional, objeto de análisis en el apartado III. Además de las cuestiones señaladas y en íntima conexión con ellas, aunque no han sido objeto de discusión en el marco de las decisiones judiciales que sirven de base al presente estudio, constituyen un tema de especial interés el relativo a la legitimación pasiva y la designación del Derecho aplicable al fondo del asunto, de ahí que lo abordemos en los apartados IV y V. Las audiencias provinciales debido al momento procesal en el que sus decisiones han sido adoptadas únicamente dejan planteada la cuestión; no obstante, hemos considerado su análisis porque adquiere particular relevancia cuando, como ocurre en la mayoría de los supuestos, se trata de la comercialización de productos por empresas pertenecientes a un grupo. Asimismo, en relación con la designación del Derecho aplicable, se tratará de una breve referencia a las soluciones adoptadas en nuestro sistema de DIPr. Para terminar, en el apartado VI, expondremos las principales conclusiones.

II. Elementos que caracterizan el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico

1. Objeto del contrato

6. La citada Directiva 2008/122, a partir de los nuevos productos vacacionales, su dimensión internacional y la confluencia de intereses de profesionales y consumidores, amplía la armonización de las legislaciones nacionales y refuerza la tutela de los consumidores, si bien continúa sin definir la naturaleza de los derechos⁵. Siguiendo las líneas en ella establecida, en el ordenamiento jurídico español la vigente Ley 4/2012 regula en su Título I los contratos celebrados entre empresarios y consumidores que tienen por objeto la comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración así como el contrato de intercambio y lleva a cabo la delimitación de distintas figuras contractuales⁶. En su Título II, en cambio, siguiendo las pautas de su antecesora, es aplicable, subjetivamente, solo a los contratos entre profesional y adquirente⁷, y en él aborda, materialmente, la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

7. Aunque de forma algo confusa o poco clarificadora, las diferencias entre ambos títulos se proyectan, además de en su ámbito de aplicación subjetivo, también sobre el objeto del contrato. Mientras el título primero, limitado a los contratos de consumo, se refiere a los “bienes de uso turístico”, incluyendo todos los contratos relativos a un alojamiento, como inmuebles, embarcaciones y caravanas, y se excluyen aquellos otros que no se refieren a un alojamiento, como los de alquiler de terrenos para caravanas o fórmulas tales como las reservas plurianuales de una habitación, el Título II hace referencia solo a las “bienes inmuebles de uso turístico”, concretando la necesidad de que el derecho recaiga sobre un edifi-

⁵ En su Dictamen, el Consejo Económico y Social Europeo consideró tal carencia como un desacierto toda vez que, en su opinión, la armonización en orden a la tutela de los derechos de consumidores y profesionales en el mercado europeo se hubiera logrado definiendo la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento por turno bien como derecho real o como derecho personal. Delimitación que, como veremos, se proyectan sobre las disposiciones aplicables en orden a determinar la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable al contrato y que, a falta de armonización, no permiten alcanzar el nivel de protección exigido para la tutela de los consumidores.

⁶ Sobre las distintas figuras contractuales Vid., M. SABIDO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales* (...), cit., pp. 96 y ss., y la bibliografía allí citada.

⁷ El artículo 23.5 delimita, como partes integrantes del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico, de un lado, al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de estos derechos; y, de otro, al adquirente entendiendo por tal la persona física o jurídica a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de este Título, se transfiera el derecho objeto del contrato o sea, la destinataria del derecho objeto del contrato.

cio⁸. Además, si bien el Título I aborda las distintas modalidades a través de las cuales se comercializan los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y establecen las garantías para la tutela del consumidor que contrata con el profesional, en su Título II regula los aspectos relativos a la constitución y transmisión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico e instaura las particularidades derivadas del objeto sobre el que este derecho recae⁹. En definitiva, en la Ley 4/12 se optó por la elaboración de un texto unificado que comprende la transposición de la citada directiva, en el Título I, y la incorporación de su antecesora, la ley 42/98, en los títulos II y III, con las adaptaciones que el texto europeo requería¹⁰.

8. Es abundante la práctica judicial española sobre la aplicabilidad de la anterior regulación a diferentes productos vacacionales y las decisiones interpretativas del artículo 1.7 de la Ley 42/98. Actualmente, la ampliación de los supuestos y la flexibilidad de la Ley 4/12 evita estas dificultades. No obstante, habrá que atender a las condiciones pactadas en cada caso para determinar la figura ante la que nos encontramos. La vigente regulación contempla, junto al tradicional contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, que consiste en aquel contrato de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación, otras figuras contractuales. De un lado, el contrato de producto vacacional de larga duración, al que define como “aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios”; el contrato de reventa, en cuya virtud un empresario, a título oneroso, asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un producto vacacional de larga duración; y el contrato de intercambio, a través del cual un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico¹¹.

9. En líneas generales, a través del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico se constituye un derecho de uso. Si bien la norma no delimita su carácter real o personal, atendiendo a su contenido objetivo, no suponen la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado. Tampoco se trata de un arrendamiento de inmueble, en la medida en que se transfieren más servicios y prestaciones que aquel¹². Generalmente, se trata de contratos que tienen por objeto la adquisición de puntos fraccionados, como un sistema flexible para reservar vacaciones en ubicaciones distribuidas en todo el mundo. La adquisición de puntos confieren a sus titulares el derecho a ocupar las instalaciones del club vacacional y a intercambiarlos por semanas de vacaciones bien en complejos situados en España bien en diferentes “resorts” en otros lugares del mundo, sin que tales puntos fraccionados transfieran ni otorguen el derecho de uso de ninguna propiedad asignada y ello aun cuando se describa el objeto de identificación (partes o múltiples) y se señale un resort en particular.

10. A partir de estas consideraciones, los litigios de los que traen causa las decisiones adoptadas por las Audiencias Provinciales de Málaga y Santa Cruz de Tenerife anteriormente citadas son subsuimibles en el ámbito de aplicación de la vigente ley. En ellos se ejercita acción de nulidad y se solicita la devolución de las cantidades abonadas como consecuencia del contrato celebrado entre los actores y

⁸ Véase el artículo 23.2 de la ley 4/12 y la STS de 15 de enero de 2015 REc. 3190/12

⁹ Sobre el régimen de constitución y transmisión del derecho, vid. G.A. BOTANA, “Los contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico los más judicializados en protección de consumidores”, *Actualidad civil*, núm. 11, noviembre de 2015 (ref. La Ley 7416/2015).

¹⁰ Vid. STS 518/2019, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3130).

¹¹ Vid. artículo 2 de la Directiva 2008/122 y artículos 2 a 6 de la Ley 4/2012.

¹² En esta línea, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre las diferencias entre el derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido y el contrato de arrendamiento de inmueble, véase, STJUE de 13 de octubre de 2005, as. C-73/04, *Brigitte y Marcus Klein y Rhodos Management Ltd* (ECLI:EU:C:2005:607).

las empresas demandadas. A través de dichos contratos, y a cambio de un precio, los demandantes en la instancia, adquieren puntos fraccionados que quedan depositados en un sistema de intercambio que les confiere el derecho a reservar vacaciones bien en inmuebles identificados bien en diferentes *ressorts* situados en distintos lugares del mundo. En dichos contratos se habían incluido cláusulas de sumisión a los tribunales ingleses y de elección de la ley inglesa como ley rectora de los mismos.

2. Sujetos participantes

11. Al delimitar su ámbito de aplicación la Directiva 2008/122 se refiere, en su artículo 1, a “las transacciones entre comerciantes y consumidores” definiendo ambos conceptos en su artículo segundo. De un lado, se entiende por “e) *“comerciante”*: toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante; f) *“consumidor”*: toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”¹³. Conceptos que también adopta la Ley 4/12 cuando en el artículo 1 delimita su ámbito de aplicación a los contratos celebrados entre el empresario y el consumidor.

12. En nuestro ámbito de estudio, las consecuencias de la concepción adoptada son varias. De un lado, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y otras figuras contractuales se configuran como contratos de consumo en la legislación española. Y, de otro, junto al empresario, entendido como toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, también pueden participar en la celebración de estos contratos cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un empresario.

13. En primer lugar, respecto a la configuración del contrato de aprovechamiento por turno de bienes turísticos como contratos de consumo, tras la regulación actual y conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁴, esta afirmación no alberga duda alguna. La participación en el contrato de una persona física o jurídica que actúa con un fin o propósito ajeno a su actividad comercial o profesional, constituye el elemento característico del concepto de consumidor. Incluso, en algunos supuestos, la existencia de intención lucrativa no impide calificar al sujeto como consumidor salvo que tales actividades con ánimo de lucro se realicen de forma regular, convirtiéndose, entonces en una actividad empresarial en la medida en que la habitualidad caracteriza estas últimas.

14. Este concepto de consumidor que, como veremos, se asemeja al utilizado en las normas de DIPr identifica los contratos en los que el mismo participa como contratos de consumo. Su posición, económicamente y jurídicamente más débil que la ocupada por el profesional con el que contrata justifica el establecimiento de un sistema que tiene por objeto garantizar un nivel de protección adecuado para la tutela de los intereses económicos y sociales del consumidor, a partir del cual se alcance el equilibrio que caracteriza cualquier relación jurídica entre particulares.

15. En las normas de DIPr el concepto de contrato internacional de consumo presenta algunas particularidades que condicionan la aplicabilidad del sistema tuitivo instaurado¹⁵. Su delimitación, con-

¹³ La Ley 4/2012 delimita su ámbito de aplicación en su artículo 1 al disponer: *1. Los contratos de comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como los contratos de intercambio, se rigen por lo dispuesto en esta Ley cuando se celebren entre un empresario y un consumidor. 2. Se entiende por empresario toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocio, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un empresario. 3. Se entiende por consumidor toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.*

¹⁴ STS 17/2017, de 16 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:17).

¹⁵ *Vid.*, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ/R. ARENAS GARCÍA/P. A. DE MIGUEL ASENSIO/S. SÁNCHEZ LORENZO/G. STAMPA CASAS (Eds.) *Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho: Homenaje al Profesor Doctor José*

forme a las previsiones contenidas en el artículo 17 del Reglamento 1215/12 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, R 1215/12)¹⁶ y el artículo 6 del Reglamento 593/08, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, RRI)¹⁷, requiere la concurrencia de las siguientes condiciones¹⁸. En primer lugar, el contrato debe celebrarse entre un consumidor y un profesional. El consumidor, conforme a una concepción objetiva¹⁹, se define por oposición al operador económico y atendiendo a la posición que ocupa en el contrato, como la persona física que interviene en el contrato para un uso ajeno a su actividad profesional. En segundo lugar, en el ámbito del artículo 17 del Reglamento 1215, la acción se ejercerá en el marco de ese contrato entendido como acuerdo de voluntades, claro y explícito, del que deriven obligaciones recíprocas para las partes²⁰ o, en su caso, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, que la empresa adquiera una obligación jurídica, expresando claramente su voluntad, y la mera aceptación por el consumidor sin asumir obligación alguna²¹. En tercer lugar, debe tratarse de un contrato de venta a plazos de mercaderías, préstamo a plazos y operaciones de crédito vinculadas a la venta de tales bienes, o cualquier otro contrato de consumo siempre que: de un lado, el profesional ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y, de otro, el contrato esté comprendido en el marco de estas actividades²².

16. En segundo lugar, en relación con la intervención del empresario y/o profesional, la práctica judicial pone de relieve que en unos casos es el titular de los derechos objeto del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico quien contrata con el consumidor pero en otros no ocurre lo propio. Generalmente, derivado de la complejidad del funcionamiento de esta figura contractual, las empresas intervinientes en este tipo de relaciones contractuales son varias debiendo determinarse en cada supuesto, si se trata de mercantiles totalmente autónomas e independientes, tanto comercial como societariamente, sin otra relación que la de actuar ambas en el sector o, por el contrario, entre ellas existe una relación de dependencia. Para ello se ha de considerar el reparto funcional entre ellas, la existencia de una organización empresarial; la intervención y actuación de cada una en el marco de la relación contractual, si actúa en nombre propio, como intermediario o se limita a ser empresa de servicios cuya intervención se iniciaba a partir de que el cliente obtuviera la condición de socio por la adquisición realizada a la otra empresa, e instrumental para el funcionamiento posterior de todos los

Carlos Fernández Rozas, 2020, pp. 165-178; M.V. CUARTERO RUBIO, “El ¿consumidor? internacional en los mercados de instrumentos financieros (a propósito de la STJUE de 2 de abril de 2020, Reliantco Investment y Reliantco Investment Limassol Sucursala București, C-500/18), *Centro de Estudios de consumo*, 2020; B. AÑOVEROS TERRADAS, Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo. STJUE de 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/2014: Hobohm”, *La Ley Unión Europea*, Nº 37, 2016; E. CASTELLANOS RUÍZ, E.. “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*”, *CDT*, vol.4, 2012 (2), pp. 70-92.

¹⁶ DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.

¹⁷ DO L 177, de 4 de julio de 2008.

¹⁸ Aunque ambos textos establecen unas condiciones similares, entre ellos existen algunas divergencias que pueden suponer una merma en la tutela del consumidor además de obstaculizar el pleno del funcionamiento del mercado limitando la libre circulación de decisiones y, por ende la consolidación del espacio judicial europeo. En esta línea, por ejemplo, se incluyen las divergencias relativas a la subsunción determinadas categorías contractuales. *Vid.* STJUE de 3 de octubre de 2019, as. C-208/18, *Petruchová*; de 2 de abril de 2020, as. C-500/18, *AU y Reliantco Investments LTD, Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala București*, ECLI:EU:C:2020:264.

¹⁹ *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 1997, *Francesco Benincasa y Dentalkit s.r.l.*, as. C269/95, EU:C:1997:337, apdo. 16, y la de 20 de enero de 2005, *Gruber*, as. C464/01, EU:C:2005:32, apdo. 36

²⁰ SSTJUE de 11 de julio de 2002, *Gabriel*, C-96/00, EU:C:2002:436; de 20 de enero de 2005, *Petra Engler y Janus Versand GmbH*, C-27/02, EU:C:2005:33.

²¹ STJUE (Sala Primera) de 14 de mayo de 2009, *Renate Ilsinger y Martin Dreschers, síndico de la quiebra de Schlank & Schick GmbH*, C180/06, EU:C:2009:303.

²² STJUE de 14 de noviembre de 2013, *Armin Maletic, Marianne Maletic y lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, C478/12, EU:C:2013:735. *Vid.*, J.I., PAREDES PÉREZ, “La internacionalidad del contrato de consumo en el Reglamento de Bruselas I. Comentario a la STJUE de 14 de noviembre de 2013, Asunto C-478/2012, *Maletic lastminute.com GmbH*”, *La Ley Unión Europea*, Nº 17, Julio 2014 (LA LEY 4643/2014).

elementos físicos, personales y económicos, de manera que la vendedora no intervenía en la prestación de servicios y viceversa.

17. La importancia adquirida por la coordinación empresarial en el mercado de estos bienes y servicios pone de relieve que, en principio, no es suficiente para considerar ser una misma empresa o formar parte de un mismo grupo empresarial, la participación coordinada en el mercado afectado, al ser perfectamente factible, en este *ámbito*, la existencia de una colaboración de empresas distintas dedicadas cada una a sus propias actividades. Delimitación que, como veremos, suscita ciertas dificultades prácticas en orden a la legitimación *pasiva*, *cuestión que también se hace depender de la acción ejercitada*. De otro lado, la importancia de delimitar la actuación llevada a cabo por las entidades se proyecta en el ámbito del DIPr, cuyas normas requieren que la relación contractual vincule directamente al consumidor y el profesional²³ excluyéndose, *a priori*, aquellos supuestos en los que el contrato se celebra a través de un intermediario²⁴. En estos últimos, será necesario distinguir según la intervención de la entidad se lleve a cabo en nombre propio o ajeno para determinar la aplicabilidad o no del sistema tuitivo.

18. Las decisiones adoptadas por las audiencias provinciales de Málaga y Santa Cruz de Tenerife resuelven litigios que tienen por objeto contratos internacionales de consumo en la medida en que en ellos participan personas físicas que contratan con empresas siendo, generalmente, el producto promocionado a través de la sucursal española de una sociedad con domicilio en otro Estado que actúa como mandataria o agente de ventas y se encarga de suscribir los distintos contratos de afiliación al Club. En relación con los primeros, en todos los supuestos, se trata de ciudadanos ingleses con residencia habitual en Reino Unido y actúan al margen de su actividad profesional. En relación con los segundos, las empresas contratantes, su participación presenta ciertas particularidades debiendo determinarse, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la actuación de la empresa contratante en la medida en que estas particularidades inciden tanto en la determinación de la competencia judicial internacional como en orden a la legitimación *ad causam*, aspectos que seguidamente analizaremos.

19. En los supuestos resueltos por las audiencias provinciales, a la vista de la documentación obrante, queda acreditada la pluralidad de empresas intervinientes en el comercio de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, integrándose en algunos casos en un grupo empresarial, y las dificultades derivadas. En la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2020, dictada por la AP de Santa Cruz de Tenerife, la demanda se interpone frente a Paradise Trading S.L., sociedad constituida en España, inscrita en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife y con domicilio social en nuestro país. Siendo titular del Club de Vacaciones la sociedad CLC Resort Developments Limited, será necesario determinar si Paradise Trading interviene o no en el contrato como agente de ventas²⁵. Ante la Audiencia Provincial de Málaga se demanda, en un primer asunto, a las entidades Continental Resort Services, S.L.U., Club La Costa UK PLC Sucursal en España, European Resort & Hotels, S.L., CLC Resort Developments, LTD, Midmark 2, LD y CLC Resort Management Limited, reclamando la nulidad del contrato suscrito entre los actores y la entidad Continental Resort Services, S.L.U., sucursal con sede en España, debiendo determinarse si esta última interviene como empresa comercializadora²⁶; en otro asunto, frente a las entidades “ParadiseTrading S.L.”, “CLC Resort Development Ltd”, “Euro-

²³ SSTJUE de 11 de julio de 2002, *Gabriel*, C-96/00, EU:C:2002:436; de 20 de enero de 2005, *Petra Engler y Janus Versand GmbH*, C-27/02, EU:C:2005:33.

²⁴ STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C375/13, EU:C:2015:37, apdo. 32. En este asunto no concurría el requisito relativo a la existencia de un contrato celebrado entre el consumidor y el profesional demandado dado que el Sr Kolassa adquirió un título de deuda al portador a un tercero profesional, sin celebrar el contrato con el emisor de dicho título, Barclays Bank. En consecuencia, no puede invocar la aplicación del artículo 17.1 del Reglamento 1215/12 para interponer una acción basada en las condiciones del empréstito, en el incumplimiento de las obligaciones de información y de control y en la responsabilidad del folleto frente a la entidad emisora. Vid. J. MASEDA RODRÍGUEZ, Responsabilidad por inversión basada en folleto defectuoso: competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2018, asunto C-304/17: Helga Löber v. Barclays Bank PLC, *La Ley Unión Europea*, núm. 66, 2019.

²⁵ SAP TF 2856, de 10 de diciembre de 2020, cit.

²⁶ AAP MA 58, de 31 de marzo de 2021, cit.

pean Resorts & Hotels S.L.” y “Club La Costa (UK) PLC Sucursal en España se interpone acción de resolución contractual siendo la Propietaria de los Derechos es la mercantil “CLC Resort Developments Limited”, y la vendedora “Paradise Trading S.L.”, relacionada también, como filial, con “Club La Costa (UK) PLC” domiciliada registralmente en Reino Unido²⁷; En un tercer asunto, la demanda se interpone frente a la entidad Club La Costa (UK) PLC Sucursal en España, que había celebrado el contrato, cuya nulidad se reclama, con los actores²⁸; y, por último, se demanda a las entidades Continental Resort Services, S.L.U., Club La Costa UK PLC Sucursal en España, European Resort & Hotels, S.L., CLC Resort Developments, LTD, Midmark 2, LD y CLC Resort Management Limited habiendo sido celebrado el contrato entre los actores y la entidad Continental Resort Services, S.L.U., cuya intervención deberá determinarse si ha sido o no como empresa comercializadora²⁹.

20. Esta pluralidad de sujetos incide tanto en la concreción del tribunal internacionalmente competente como en orden a determinar la idoneidad de aquellos para intervenir en el proceso como parte demandada. Ambas cuestiones fueron planteadas por los recurrentes en la alzada frente a los autos de instancia en los que, bien de oficio o a instancia de parte, se declara la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. En la mayoría de los supuestos la parte apelada, demandado en la instancia, junto a la falta de competencia vuelve a reiterar la excepción de procesal de falta de legitimación. Sin embargo, teniendo en cuenta el momento procesal en el que se encuentra el procedimiento, el debate en la Sala se centra únicamente entorno a la concurrencia o no de los criterios previstos en nuestro sistema de DIPr en relación con la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de los litigios planteados.

III. La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción de nulidad

1. Inaplicabilidad de foros de competencia exclusiva ex artículo 24 R 1215/12

21. En el ámbito del contrato de aprovechamiento por turno, la concreción de los foros aplicables en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente deberá efectuarse atendiendo a la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos cuya regulación efectúa la Directiva 2008/122 sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros³⁰. Su posible calificación como derechos reales o contratos de arrendamientos de inmuebles justificaría el recurso al foro exclusivo previsto en el párrafo primero del artículo 24 del texto europeo³¹. No obstante, salvo que la acción ejercitada reúna las condiciones previstas en el precepto y, además, esté relacionada directamente, no de forma indirecta³², con el contrato de arrendamiento de inmueble, el TJUE ha resuelto la no aplicabilidad del foro exclusivo relativo a los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles en los litigios que tienen por objeto relaciones contractuales similares a las analizadas en este trabajo.

22. El Tribunal rechaza la subsunción de aquellos supuestos en los que la acción tiene por objeto la devolución de las cantidades abonadas a raíz de la celebración de un contrato que confiere a los demandantes el derecho a utilizar, en régimen de tiempo compartido, un apartado situado en Grecia³³. El contrato celebrado entre las partes litigantes es un contrato de adhesión a un club. Adhesión que permitió a los demandantes adquirir, por una determinada cantidad el derecho a usar, durante una semana al año

²⁷ AAP MA 46, de 22 de marzo de 2021, cit.

²⁸ AAP MA 12, de 18 de marzo de 2021, cit.

²⁹ AAP MA 5, de 18 de marzo de 2021, cit.

³⁰ Vid. artículo 1.2.d). En España, como hemos expuesto, la Ley 4/2012

³¹ Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 5 de abril de 2001, as. C-518/99, *Richard Gaillard y Alaya Chekili*,

³² Vid, entre otras, las SSTJUE de 14 de diciembre de 1977, as. 73/77 *Theodorus Engelbertus Sanders, Arnhem, y Ronald van der Putte, Noordwijkerhout* y la de 15 de enero de 1985, en el as. 241/85, *Reich Rösler v. Horst Rottwinkel*.

³³ STJUE de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-73/04, *Brigitte y Marcus Klein y Rhodos Management Ltd*, Rec. I-8681.

durante casi cuarenta años, un apartamento designado por su tipo y situación. Tal como está configurado el contrato, el valor del derecho de uso del bien inmueble solo reviste una importancia económica secundaria en relación con la cuota de adhesión.

23. Un contrato que no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido sino que se refiere igualmente a la prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización de un inmueble no constituye un contrato de arrendamiento de un bien inmueble en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales³⁴. La necesaria coherencia entre las Directivas y el entonces aplicable Convenio de Bruselas de 1968³⁵, actualmente R 1215/12, fundamentan la no aplicación de este último a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permitía a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y preveía la afiliación de sus socios a una organización en la que podían intercambiar sus derechos de utilización.

24. La razón fundamental de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se halle sito es que el Tribunal del lugar es el que, habida cuenta de la proximidad, se encuentra en mejores condiciones para tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho -realizando sobre el terreno comprobaciones, investigaciones y peritajes- y para aplicar unas normas y unos usos que, en general, son los del Estado donde está situado el inmueble³⁶. La regla de competencia exclusiva en materia de contratos de arrendamientos de bienes inmuebles pretende cubrir, en particular, los litigios relativos a la reparación del deterioro causado por el arrendatario³⁷. Tampoco, aun existiendo un arrendamiento, se incluye en el ámbito del precepto citado contratos complejos³⁸ que no sean considerados como contratos de arrendamiento en el sentido del precepto³⁹.

2. La protección del consumidor

25. En defecto de foro exclusivo y teniendo en cuenta que los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico son contratos de consumo porque son celebrados entre una persona física, consumidor, con una empresa en el ámbito de su actividad comercial, surgiendo el litigio en el marco de esta relación contractual y reuniendo las demás condiciones exigidas en el artículo 17 R.1215/12, aquellos son subsumibles en el concepto de contratos internacionales de consumo que el precepto utiliza⁴⁰. En consecuencia, la atribución de la competencia judicial internacional se determinará conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del mismo texto legal⁴¹.

³⁴ DO L 372, p. 31; EE 15/06, p. 131) (STJUE de 22 de abril de 1999, *Travel Vac*, C-423/97, Rec. p. I-2195, apartado 5)

³⁵ SSTJUE de 10 de febrero de 1994, *Mund & Fester*, C-398/92, Rec. p. I-467, apartado 12, y de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935, apartado 24

³⁶ Vid. Informe Jenard relativo al Convenio de Bruselas (DO 1979, C 59, p. 1; DO 1990, C 189, p. 122) y las SSTJUE Sanders, apartado 13, STJUE de 10 de enero de 1990, *Reichert y Kockler*, C-115/88, Rec. p. I-27, apartado 10, y STJUE de 27 de enero de 2000, en el asunto C-8/98, *Dansommer A/S y Andreas Götz*, Rec. I-405, apartado 27

³⁷ STJUE de 27 de enero de 2000, en el asunto C-8/98, *Dansommer A/S y Andreas Götz*, Rec. I-405, antes citada, apartado 28).

³⁸ STJUE de 26 de febrero de 1992, en el asunto C-280/90, *Elisabeth Hacker y Euro-Relais GmbH*, Rec I-1129.

³⁹ Vid. STJUE de 27 de enero de 2000, en el asunto C-8/98, *Dansommer A/S y Andreas Götz*, Rec. I-405; de 10 de enero de 1990, *Reichert y Kockler*, C-115/88, Rec. p. I-27, apartado 9, y de 9 de junio de 1994, *Lieber*, C-292/93, Rec. p. I-2535, apartado 12).

⁴⁰ Sobre el concepto de contrato de consumo y su evolución en la jurisprudencia europea vid. A. L. CALVO CARAVACA, "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias", cit., pp. 165-178.

⁴¹ Vid., D.CARRIZO AGUADO, "Aspectos jurídicos del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico ante su comercialización en la esfera internacional", *International Journal of World of Tourism*, vol., 3, núm. 5, 2016, pp. 2-19.

26. Tras la reforma operada a través del R. 1215/12⁴², a tenor de lo dispuesto en su artículo 6, el sistema instaurado en la sección cuarta del capítulo II no está limitado a la concurrencia del domicilio del demandado en Estado miembro. La protección del consumidor justifica el establecimiento de un sistema de competencia judicial internacional aplicable con independencia del domicilio del profesional demandado⁴³. Esta ampliación de su ámbito de aplicación reduce la aplicabilidad del resto de normas que integran el sistema de competencia judicial internacional en la materia. El Convenio de Lugano de 2007⁴⁴ y la LOPJ quedan limitados a la ordenación de aquellos supuestos en los que el profesional acciona frente a un consumidor que no está domiciliado en Estado miembro. Ello supone, de un lado, la extensión de la protección prevista en la norma europea a los litigios en los que se reclama la protección frente al profesional domiciliado en un tercer Estado y, de otro, la limitada operatividad de las normas de competencia judicial internacional de origen estatal recogidas, en nuestro ordenamiento, en particular el apartado *d)* del artículo 22 *quinquies* de la LOPJ.

27. El sistema de foros instaurado responde a la necesidad de proteger al consumidor considerado parte débil de la relación jurídica. Esta finalidad tuitiva justifica el establecimiento del *forum actoris* a favor del consumidor y la consagración de una autonomía de la voluntad limitada como criterios de atribución de competencia. Con ello se modula o excepciona el régimen general previsto en el texto europeo, introduciéndose particularidades en la aplicación del foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del R. 1215/12 y excluyendo la aplicación del foro especial en materia contractual del artículo 7.1 del texto europeo⁴⁵, en cuya virtud la competencia corresponde a los tribunales del Estado donde deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda que se concreta, salvo pacto en contrario, en el lugar de entrega de la cosa o de prestación del servicio, en función de la calificación del contrato. Además, a diferencia del régimen general, la actuación de los criterios atributivos también presenta particularidades pues si en aquel prevalece la autonomía frente al foro general y los foros especiales, en el régimen de consumo la prevalencia de la autonomía de la voluntad, y por ende su efecto denegatorio, respecto de los criterios atributivos objetivos resulta especialmente condicionada.

A) *Forum actoris* y particularidades del foro del domicilio del demandado *ex* artículo 18 R. 1215/12

28. El artículo 18 R. 1215 consagra varios foros, en función de la posición procesal que ocupe el consumidor. Cuando el consumidor acciona frente al profesional la competencia judicial internacional corresponderá bien a los tribunales del Estado del domicilio de la otra parte contratante bien, con independencia del Estado en el que esté domiciliada la otra parte contratante, ante los órganos judiciales del Estado del domicilio del consumidor. En cambio, siendo el consumidor el demandado, la competencia judicial internacional corresponderá únicamente a los tribunales del Estado de su domicilio.

29. Los principios de previsibilidad y seguridad jurídica sirven de base para consagrar el foro del domicilio del demandado como foro general en el sistema de competencia que instaura el R. 1215/12. Este foro constituye el criterio básico de atribución de competencia en el régimen instaurado no obstante, en el ámbito de los contratos internacionales de consumo presenta algunas particularidades, siendo en algunos supuestos excepcionado a partir de la finalidad tuitiva que inspira la norma. Su concreción, en todo caso, debe realizarse conforme a los conceptos autónomos previstos en el R. 1215/12.

⁴² P. DE MIGUEL ASENSIO, El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones, *Diario La Ley*, Nº 8013, 2013.

⁴³ Cdo. 14 Reglamento 1215/12

⁴⁴ Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil DO L 339, de 21 de diciembre de 2007.

⁴⁵ Cdo. 18 y 19 Reglamento 1215/12. *Vid.*, entre otras, las SSTJUE *Česká spořitelna*, apdo. 26 y *Kolassa*, apdo. 28.

30. En materia de consumo, el artículo 18.1 R.1215/12 no utiliza la expresión domicilio del demandado sino que, como pone de relieve la práctica judicial española⁴⁶, hace referencia al domicilio de “*la otra parte contratante*”. Ello podría suponer, un desplazamiento del foro general del artículo 4 y obligará a determinar, en cada caso concreto, la actuación de la empresa o empresas que participan en la celebración del contrato; esto es, determinar “la otra parte contratante”. El TJUE ha precisado el concepto de otra parte contratante utilizado en el artículo 18.1 R. 1215/12 al señalar que el mismo designa igualmente al cocontratante del operador con el que el consumidor haya celebrado el contrato, aunque el segundo profesional tenga su domicilio social en el territorio del Estado miembro del domicilio de ese consumidor⁴⁷. Este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con la legitimación pasiva, sobre el que más adelante volveremos, y, dada su vinculación con el fondo del asunto que resulta prematuro resolver con anterioridad a la determinación de la competencia judicial internacional.

31. Siendo la otra parte contratante una empresa, la concreción del domicilio de las personas jurídicas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del texto europeo. En su virtud, se entiende que una sociedad o una persona jurídica está domiciliada en el lugar donde se encuentra alguno de estos elementos: bien su sede estatutaria bien su administración central bien su centro de actividad principal. Pudiendo ser utilizados cualquiera de ellos, a elección de la actora, como domicilio de la persona jurídica a efectos procesales.

32. La prueba practicada resulta determinante para acreditar el domicilio de una sociedad cuando esta se encuentra integrada en un grupo empresarial conformado por un entramado de empresas que se reparten geográficamente el desarrollo de la actividad del grupo. La Audiencia Provincial de Málaga, a los efectos de determinar el domicilio de la demandada, afirma que la Propietaria de los Derechos es la mercantil “CLC Resort Developments Limited”, y que la vendedora es “Paradise Trading S.L.”, relacionada también, como filial, con “Club La Costa (UK) PLC” domiciliada registralmente en Reino Unido; por lo que, en el caso de autos, la mercantil relacionada con la demanda, sociedad participada de “Club La Costa Resort Developments Limited”, propietaria de los Derechos, al ser equiparable a una Sociedad de Responsabilidad Limitada en Derecho español y disponer de su principal establecimiento y explotación en territorio español (Mijas, Málaga) se debe entender, por tanto, en atención al artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital, que su domicilio se encuentra en España. Tratándose de una acción de nulidad contractual (...) Presentándose, por tanto, con la demanda indicios de actividad relevante en territorio español, lo cierto es que, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria que se establece en el artículo 217 de la LEC, a la demandada no le hubiera supuesto dificultad alguna acreditar que, al margen de que el domicilio social registrado o sede estatutaria de su matriz se halle formalmente en Londres, en el domicilio en España, como se dice, no radica efectivamente su administración central y el centro de actividad principal, destruyendo así la presunción de hecho que resulta de la existencia de ese grupo de empresas cuya actividad, domicilio y administración se encuentra fuertemente vinculada a la que, según incluso la propia documentación publicitaria que presenta la parte demandada, sería matriz del grupo, lo que impide, incluso, comprobar si sus administradores difieren de los que lo son del resto de las sociedades referidas. En consecuencia, a efectos de competencia de los Tribunales españoles, en este caso en que se estableció en el contrato de adhesión un pacto de sumisión no exclusiva a los tribunales ingleses, han de considerarse amparados los demandantes como consumidores en lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento 1215/2012, en relación con el 18.1, para plantear su acción ante los Tribunales españoles porque, al margen del domicilio social registrado o sede estatutaria de la matriz en Londres, según la documentación obrante, las demandadas pertenecen al Grupo de empresas Club La Costa con domicilio en España.

⁴⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:46A)

⁴⁷ STJUE de 14 de noviembre de 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne-Maletic vs. lasminute.com GmbH, TUI-Österreich GmbH*.

B) Foro de la sucursal

33. El estudio de la práctica judicial surgida en el marco de los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico evidencia el recurso, cada vez con mayor asiduidad, al foro recogido en el artículo 7.5 R.1215/12. La presencia de grupos empresariales en el mercado de estos bienes y servicios, los elevados costes procesales, además de los problemas vinculados a la concreción de la competencia judicial internacional son algunas de las dificultades planteadas en procesos que tienen por objeto la nulidad de los contratos celebrados con consumidores justifican el recurso y aplicación del foro especial.

34. La aplicación del domicilio de la sucursal como criterio atributivo de competencia judicial internacional es una opción para el consumidor consagrada en el artículo 17.1 R.1215/1. Su aplicación requiere la concurrencia de dos circunstancias: en primer lugar, delimitar el concepto de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento; y, en segundo lugar, definir qué se entiende por litigios relativos a la explotación de los mismos. Tratándose de conceptos propios del texto europeo, deben ser interpretadas de forma autónoma. Y, en esta línea, nuestros tribunales continúan las pautas establecidas en la jurisprudencia del TJUE⁴⁸.

35. El concepto de sucursal, agencia o cualquier establecimiento, se entiende referido a un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una empresa principal, dotado de una dirección y materialmente equipado para poder realizar negocios con terceros, de tal modo que estos, aun sabiendo que eventualmente se establecerá un vínculo jurídico con la empresa principal, cuyo domicilio social se halla en el extranjero, quedan dispensados de dirigirse a ella directamente y pueden realizar negocios en el centro operativo que constituye su prolongación. Se trata, por tanto, de centros operativos que, carentes de personalidad jurídica independiente e integrados en una única empresa, desarrollan una actividad de forma duradera y con trascendencia externa que gozan de capacidad de gestión autónoma que le permiten desarrollar, incluso frente a terceros, la actividad de la empresa en el marco que le es propio. Gozando de cierta autonomía, el establecimiento o centro operativo depende y está sometido a la dirección de la empresa principal de la que forma parte. Esta circunstancia que lo asimila a la sucursal y lo aleja de la agencia y otros intermediarios. En estos últimos casos, la aplicabilidad del foro de la sucursal del artículo 7.5 del texto europeo procederá únicamente cuando la actuación del agente se lleve a cabo de forma dependiente de la empresa principal. Igual que ocurre con las filiales, entidades independientes de la empresa matriz, cuando actúan bajo la dirección de esta resulta aplicable el foro especial.

36. La aplicación del foro requiere, en cada caso, un análisis de las circunstancias fácticas concurrentes. La Audiencia Provincial de Málaga ha tenido ocasión de declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles conforme al foro del artículo 7.5 R. 1215/12. La Sala afirma la posibilidad de los consumidores, con residencia habitual en Londres, de accionar ante los tribunales españoles bien con base en el foro establecido en el art. 18 del texto europeo bien con base en el foro alternativo previsto en el art 7. 5 del mismo texto legal ya que no hay duda que la entidad demandada (Club Costa UK PLC Sucursal en España) es una sucursal sita en España que *ha participado en la fase de formación y ejecución del contrato, resultando irrelevante que los pagos hayan de enviarse al departamento de cuentas en Londres o que los certificado hayan sido emitidos por CLC Resort Developments Limited con domicilio en Londres, ni que el documento informativo se afirme que la Sociedad está promocionando y vendiendo los derechos fraccionados actuando en calidad de poderdante por parte del fundador con domicilio en la Isla de Man , cuando aparecen en los contratos actuando con carácter directo, y resulta evidente la vinculación con territorio español, donde Club la Costa (UK) PLC tiene sucursal*⁴⁹.

37. En esta misma línea, en un supuesto en el que la demanda se plantea frente a distintas empresas integrantes de un grupo y en el que, de acuerdo con la documentación obrante en autos, la em-

⁴⁸ STJUE de 22 de noviembre de 1978, as. 33/78 *Somafer SA v, Saar-Ferngas AG*, (ECLI:EU:C:1978:205).

⁴⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:12A)

presa comercializadora con la que suscribe el contrato tiene su centro de administración y domicilio en España, la Sala además de fundamentar su decisión en el artículo 7.5 R. 1215/12 afirma que el mismo se corresponde con lo dispuesto en el artículo 22 LOPJ que, en materia de contratos celebrados por los consumidores prevé que éstos podrán litigar en España si tienen su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera la otra parte contratante (como es el caso, al tener la demandada sucursal domiciliada en España), mientras que esta última solo podrá litigar en España si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español, añadiendo en su párrafo final que: *“Respecto a los supuestos previstos en las letras d) y e) también serán competentes los Tribunales españoles cuando el consumidor, asegurado o tomador del seguro sea demandante y las partes hayan acordado la sumisión a los Tribunales españoles después de surgir la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro”*. Todo ello determina la atribución de competencia para el conocimiento del presente litigio a favor de los órganos jurisdiccionales de España, puesto que se trata del Estado en que se halla domiciliado el grupo societario contratante demandado⁵⁰.

38. En segundo lugar, se requiere que se trate de litigios relativos a la explotación de dicho establecimiento. Esta expresión comprende tanto los litigios derivados de la gestión propiamente dicha del establecimiento como los relativos a obligaciones contraídas por dicho establecimiento en nombre del principal. En esta línea, la Audiencia Provincial de Málaga afirma que el artículo 17 R 1215/12 al referirse al artículo 7.5 establece un fuero específico para el conocimiento de litigios referidos a obligaciones contraídas con terceros por establecimientos secundarios de una persona domiciliada en un Estado miembro favorable a que los tribunales del Estado en que se halle dicho establecimiento sean competentes para su conocimiento. Todo ello se corresponde con lo dispuesto en el art. 22 de la LOPJ ya citado, puesto que, según su apartado d) ⁵¹

C) Las limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad

39. Los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico suelen incorporar, como acreditan los supuestos resueltos por las citadas decisiones de las Audiencias Provinciales de Málaga y Santa Cruz de Tenerife, cláusulas de sumisión a tribunales y de elección de ley. Centrándonos ahora en las primeras, la elección de tribunal en los contratos internacionales de consumo solo podrán derogar la competencia atribuida al tribunal conforme al texto europeo si reúne las condiciones previstas en su artículo 19. Este precepto consagra el foro de la autonomía de la voluntad de las partes exigiendo que los acuerdos atributivos de competencia sean posteriores al nacimiento del litigio y permitan al consumidor accionar antes los tribunales distintos a los indicados o, tratándose de un acuerdo celebrado entre el consumidor y el profesional domiciliados o residentes en el mismo Estado miembro, atribuyan competencia a los tribunales de ese Estado salvo que la ley de este último lo prohíba⁵².

40. La adecuación de los referidos acuerdos a las exigencias del texto europeo constituye uno de los puntos clave del debate planteado ante la Sala. Se trata de valorar si, siendo competentes los tribunales españoles con base en algunos de los criterios previstos en el artículo 18 del texto europeo, o con base en el artículo 7.5, el pacto de sumisión a los tribunales ingleses contenido en los respectivos contratos prevalecerá o no sobre dicha competencia, derogándola. Para ello el tribunal valorará si la autonomía de la voluntad ex artículo 19 prevalece sobre el tribunal designado conforme al artículo 18 bien porque se trate de un pacto posterior al nacimiento del litigio que permita al consumidor accionar ante un tribunal

⁵⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:58A)

⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:5A)

⁵² A. ARROYO APARICIO, “Comentario al artículo 17” en P. BLACO -MORALES LIMONES/F. GARARU SOBRINO/M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTERO MURIEL (Coords), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 2015, pp. 435-457.

distinto a los designados conforme a los criterios recogidos en la sección cuarta, esto es, a un tribunal distinto del correspondiente a su domicilio, al domicilio de la otra parte contratante o al domicilio de la sucursal; bien porque, estando el consumidor y el empresario/profesional cocontratante domiciliados en un mismo Estado miembro hayan designado competentes, en virtud de pacto de sumisión expresa, a los tribunales de ese Estado siempre que la legislación de dicho Estado no prohíba este pacto.

41. Este análisis es realizado por la Audiencia provincial de Málaga⁵³. La admisión en la instancia de la declinatoria internacional por falta de jurisdicción sirvió de fundamento al recurso interpuesto por los apelantes, demandantes en la instancia, para solicitar la revocación del auto y la declaración de la competencia judicial de los tribunales españoles, entre otros motivos, rechazando la validez de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales ingleses contenidas en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico celebrado con la empresa demandada. La Sala, a partir de la configuración del contrato como contrato de consumo y determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles conforme al artículo 18 R 1215/12, afirma que, para que el acuerdo de sumisión a los Tribunales de otro Estado miembro, excluya la competencia de los Tribunales españoles dicho pacto ha de cumplir estos dos requisitos: En primer lugar, ha de ser válido conforme a las normas de derecho interno del Estado miembro designado en el acuerdo; y, en segundo lugar, ha de tratarse de un acuerdo que atribuya la competencia “con carácter exclusivo” a dicho Tribunales.

42. En relación con el primero de los requisitos, relativo a la validez del acuerdo conforme al derecho interno del Estado cuyos tribunales han sido designados competentes en el acuerdo de sumisión, la Sala señala su especial relevancia dado que los contratos internacionales de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles son contratos de adhesión,. Atendiendo a lo previsto en el artículo 19.3 R. 1215/12, en línea con lo dispuesto en el considerando 20 del mismo texto legal⁵⁴, requiere que el acuerdo sea válido conforme a las normas de derecho interno del Estado miembro designado, lo que implica que corresponde a las partes acreditar la validez del pacto. Para ello, bien mediante la acreditación del Derecho extranjero aplicable bien mediante cualquier otra actuación que hubiera permitido a los tribunales designados pronunciarse sobre su competencia, la parte que impugnó la competencia debía acreditar que la ley inglesa, en tanto que ley del Estado designado en el pacto, no prohibía dicho pacto. Ahora bien, no habiendo sido acreditado este Derecho extranjero, la Sala recurre al apartado cuarto del art. 22 ter de la LOPJ que consagra la *derogatio fori* de los tribunales españoles considerando la posibilidad que tenía la demandada en la instancia de solicitar, en virtud de este acuerdo, la suspensión del procedimiento a la espera de pronunciamiento de los tribunales del Reino Unido. En cambio, esta parte se limitó a plantear la declinatoria sin promover procedimiento alguno en el Reino Unido para que los tribunales de dicho Estado miembro se hubieran pronunciado sobre su competencia y, consecuentemente sobre la validez del pacto de sumisión conforme a la legislación inglesa de tal modo que hubiera permitido fundamentar la derogación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

43. A falta de acreditación del Derecho extranjero, y siendo necesario pronunciarse acerca de la validez del pacto, la Sala recurre, en virtud de lo dispuesto artículo 67 TRLDGCU⁵⁵, a la aplicación de la

⁵³ Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:46A) y Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:12A)

⁵⁴ Cdo. 20 R. 1215/12 *La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro*

⁵⁵ Art. 67 TRLDGCU *La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española. 2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.*

legislación material española. De este modo, conforme al artículo 90 TRLCDCU, la Audiencia afirma que la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses no es abusiva y, en consecuencia, no carece de validez en la medida en que no establece sumisión a un Tribunal distinto del que corresponde al domicilio de los consumidores que, según la documentación obrante en autos, residen habitualmente en Reino Unido. No obstante, aunque el pacto es materialmente válido, la Sala concluye que el mismo no reúne las condiciones exigidas en el artículo 19 R. 1215/12 por lo que no afecta a la competencia de los tribunales españoles.

44. Efectivamente, junto a la validez del pacto el artículo 19.3 requiere que tanto el consumidor como el empresario se encuentren domiciliados en el mismo Estado miembro cuyos tribunales son designados competentes en virtud del acuerdo de sumisión. En el supuesto, si bien los actores son nacionales de Reino Unido y residentes en dicho país, no ocurre lo propio respecto a la empresa demandada cuyo domicilio, según la documentación obrante, se encuentra en España. Por tanto, dado que ambas partes contratantes no tiene su domicilio en el mismo Estado miembro, el pacto de sumisión no podrá prevalecer sobre los foros previstos en el artículo 18 del texto europeo.

45. En este punto, la Sala alude también al hecho de que el acuerdo no es posterior a la celebración del litigio. Sin embargo, esta circunstancia, igual que la relativa a no permitir otra opción al consumidor distinta a la otorgada en virtud de los criterios atributivos en la sección cuarta, que tampoco concurre en el supuesto, justificarían por sí misma la no aplicación del pacto de sumisión a los tribunales ingleses.

46. El carácter no exclusivo del pacto sirvió de argumento al tribunal para estimar el recurso. La motivación del auto que resuelve la apelación destruye la presunción de exclusividad con base en el artículo 25 R 1215/12. La determinación del tribunal internacionalmente competente efectuada con base en la autonomía de la voluntad de las partes se entiende con carácter exclusivo, salvo pacto en contrario de aquellas. Y añade, el límite establecido en el párrafo cuarto del precepto citado al prever que no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia si son contrarios, entre otras, a las disposiciones del artículo 19. Siendo consumidor el actor y optando por el fuero del domicilio de la mercantil demandada, únicamente pueden prevalecer sobre esta disposición los acuerdos: 1º) posteriores al nacimiento del litigio; 2º) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección; o, 3º) que habiéndose celebrado entre un consumidor y su contratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo estado miembro, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho estado miembro, a no ser que la ley de éstos prohíba dichos acuerdos”. No concurriendo las circunstancias señaladas, el acuerdo no puede derogar la competencia *ex* artículo 18 R. 1215/12.

47. La Sala invoca en su argumentación el artículo 22 ter apartado cuarto de la LOPJ. Ciertamente, el precepto permite la exclusión mediante acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero de la competencia establecida bien con base en el domicilio en España del demandado bien con base en los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores señalando entre sus exigencias que el acuerdo sea válido. Sin embargo, siendo el supuesto subsumible en el ámbito de aplicación del texto europeo no procede el recurso a la LOPJ cuya aplicación, como hemos señalado, dada la amplitud de aquél resulta actualmente muy reducida.

IV. Legitimación procesal

48. La complejidad de los contratos de aprovechamientos por turnos de bienes inmuebles de uso turístico se pone de relieve, a la luz de la práctica judicial española, por las estructuras societarias e importantes redes de colaboración y cooperación entre empresas creadas en el sector. Esta complejidad se proyecta en el proceso y, además de las dificultades que, como acabamos de exponer, se suscitan en

Sobre el precepto, véase, E. TORRALBA MENDIOLA, “Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 9, 2014, pp. 17-26.

orden a la concreción del tribunal internacionalmente competente también surgen otras relativas a la concurrencia de los requisitos subjetivos para la intervención en el proceso relativos tanto a la capacidad procesal y para ser parte como a la legitimación.

49. Dejando al margen las aspectos relacionadas con la capacidad de las partes litigantes, que no se han planteado en ninguno de los supuestos analizados, la legitimación pasiva, en cambio, sí ha sido una de las cuestiones alegadas en los litigios resueltos por las respectivas audiencias aunque, como también avanzábamos, las decisiones no contienen pronunciamientos al respecto. En la mayoría de los litigios las empresas demandadas han interpuesto excepción procesal de falta de legitimación procesal considerando, en líneas generales, que bien las empresas demandadas no habían participado en el contrato cuya nulidad se reclamaba por los actores bien que su participación, no siendo titular de bien inmueble, se había producido como mera mandataria o en calidad de vendedora o empresa comercializadora del producto.

50. La participación en un proceso como demandante o demandado se basa en la existencia de un derecho subjetivo derivado de la relación litigiosa⁵⁶. La legitimación, por tanto, no se configura como una cuestión de naturaleza estrictamente procesal sino vinculada con el Derecho material en cuya virtud se determina la cualidad que posee un sujeto en relación con la pretensión ejercitada y si tal cualidad la posee como titular del derecho subjetivo o no. Esta configuración se traduce, en Derecho internacional privado, en la necesidad de abordar su ordenación no solo, *ex* artículo 3 LEC, conforme a la *lex loci processalis*, sino debiendo recurrir a la aplicación de la ley que rige el fondo del asunto, aplicable para determinar los sujetos legitimados, activa y pasivamente, en el proceso.

51. Las decisiones de las audiencias se han limitado a determinar la existencia de la correcta configuración de la relación procesal como actores, los consumidores contratantes, y como demandados la empresa o empresas que en el contrato resultan, a la vista de la documentación obrante, como vendedores o cocontratantes de los consumidores. En algunos supuestos, la existencia de un grupo de empresas ha obligado a realizar un análisis detallado de la documentación a los efectos de determinar la correcta conformación de la relación jurídico -procesal para determinar la empresa o empresas participantes en el contrato celebrado con los consumidores. Con ello únicamente se trataba de determinar la parte legítima, dese una perspectiva estrictamente procesal, que interviene en el contrato litigioso y que comparece en el proceso como titular de la relación jurídica. Esto es, en la medida en que su intervención en el contrato la legitima pasivamente. Conforme a una reiterada jurisprudencia, tratándose del ejercicio de una acción de nulidad contractual, la válida constitución de la relación jurídica procesal impone que el litigio se sustancie entre quienes sean parte del contrato cuya nulidad se postula. De este modo, la concreción de su domicilio permite al tribunal concretar y atribuir la competencia judicial internacional a los tribunales españoles.

52. Desde un punto de vista material, en cambio, la legitimación *ad causam* es una cuestión vinculada al Derecho que rige al fondo del asunto. El momento procesal en el que han sido adoptada las decisiones que sirven de base al presente trabajo impide al tribunal pronunciarse al respecto sin prejuzgar el fondo del asunto y, consecuentemente, la Sala no ha abordado la cuestión planteada desde esta perspectiva. El ordenamiento designado aplicable conforme al sistema de DIPr español determinará si procede o no la declaración de nulidad del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico así como si procede o no la devolución de las cantidades abonadas y, en su caso, a quién y cómo debe efectuarse la devolución. Es este ordenamiento el que determina los sujetos obligados y las responsabilidades derivadas de las relaciones contractuales.

⁵⁶ Vid., *per omnia*, M. ORTELLS RAMOS (Dir. /Coord.), *Derecho procesal civil*, 19ª ed., Aranzadi, 2020, p. 125.

V. Breve referencia a la designación del Derecho aplicable

53. La vinculación del Derecho aplicable al fondo del asunto con la concreción de la legitimación procesal justifica que hagamos, aunque sea muy brevemente, una referencia a las soluciones previstas en nuestro sistema de DIPr a este sector. Más aún cuando, evidenciando la relevancia de la materia y su dificultad, recientemente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granadilla de Abona ha elevado al TJUE una cuestión prejudicial referida, en líneas generales, a los problemas que suscita la designación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico en nuestro ordenamiento derivado, entre otros aspectos, de la confusa naturaleza, real o personal, de la relación contractual⁵⁷.

54. En primer lugar, tratándose de contratos celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor del RRI, la determinación del Derecho aplicable debe efectuarse conforme al reglamento. Un texto que consagra en su artículo 3, como criterio general, la autonomía de la voluntad de las partes. Atendiendo a las circunstancias que rodean los supuestos planteados ante las audiencias provinciales objeto del presente trabajo, debemos tener en cuenta el límite previsto en el párrafo tercero del precepto citado en cuya virtud, si todos los elementos de la relación jurídica están localizados, en el momento de la elección, en otro Estado distinto a aquel cuya ley ha sido elegida por las partes, esta elección no puede impedir la aplicación de las disposiciones de la ley de ese Estado que no puedan excluirse mediante acuerdo.

55. En segundo lugar, debemos tener en cuenta la configuración de los contratos objeto de estudio. A partir de ella podremos determinar, en el marco del RRI, la norma aplicable. En esta línea, en apartados anteriores hemos afirmado que a través de estos contratos no se concede un derecho real ni se estábamos ante contratos de arrendamientos de bienes inmuebles por lo que, en principio, las previsiones contenidas en el artículo 4.1. letras c) y d) RRI del texto europeo no resultarán aplicables⁵⁸.

56. En la medida en que nos encontramos ante contratos internacionales de consumo y que las acciones ejercitadas tienen por objeto la nulidad del contrato y la devolución de las cantidades abonadas, el supuesto es subsumible en el ámbito de aplicación del artículo 6 RRI⁵⁹. En el sector del Derecho aplicable, con el fin de proteger al consumidor, precepto citado consagra una norma de conflicto especial⁶⁰. En coherencia con lo dispuesto en el R. 1215/12, los contratos internacionales de consumo se rigen por la ley elegida por las partes, siempre que dicha elección no suponga para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionan las normas imperativas previstas en la ley del Estado de su residencia habitual. En defecto de elección, esta última será la ley que rija el contrato.

⁵⁷ Vid. AJPII 597/2021 de 13 de octubre de 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:597A)

⁵⁸ Se excepcionaría, en nuestro ordenamiento, aquellos supuestos subsumibles en el marco de la anterior Ley 42/98 o aquellos en los que se ejercite una acción real subsumible en el ámbito del Título II de la vigente ley.

⁵⁹ El artículo 6.4 del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material “contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE” (cdo 17). La referencia a la regulación anterior obliga a cuestionarnos si el concepto de contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico ha tenido modificaciones sustanciales que introduzcan precisiones respecto del contenido del precepto citado. A este respecto la Directiva 2008/122 no contiene precisiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. En la Ley 4/2012, en cambio, se mantiene su configuración como derecho real limitado, a cuya constitución y transmisión dedica el Título II, pero también permite, más allá de su configuración como una variante del arrendamiento de temporada siguiendo las pautas de la regulación anterior, acoger cualquier otra modalidad contractual de constitución del derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación. De este modo, el supuesto sería subsumible en el ámbito de aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I.

⁶⁰ A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT* (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, pp. 52-133, www.uc3m.es/cdt.

57. Se admite, por tanto, la autonomía de la voluntad las partes, siempre que tal elección no suponga para el consumidor la pérdida de la protección que le otorgan las disposiciones imperativas, que no pueden excluirse por voluntad de las partes, del Estado de su residencia habitual. En esta línea, tanto el artículo 12 la Directiva 2008/122 como los artículos 16 y 17 de la Ley 4/12 consagran, de un lado, el carácter imperativo de las normas adoptadas en orden a la protección del consumidor en sus respectivos ámbito de aplicación material y, de otro, el carácter irrenunciable de los derechos que ambas disposiciones consagran⁶¹.

58. Esa misma finalidad protectora justifica que, en aquellos supuestos en los que resulte aplicable la ley de un tercer Estado (bien con base en la autonomía de la voluntad *ex* artículos 6 y 3.4 del RRI bien cuando la residencia habitual del consumidor se encuentre en un tercer Estado) ello no impida la aplicación de las normas protectoras del Estado miembro cuando concurren determinadas condiciones. En particular, cuando *alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades.*

59. La ubicación del inmueble en Estado miembro o la actividad dirigida en idénticos términos que los previstos en el artículo 6 del RRI constituyen los criterios que delimitan el ámbito de aplicación espacial de la Directiva 122/08 y de la Ley 4/12, que la reitera. Previsiones en línea con lo dispuesto en los párrafos segundo y cuarto, letra c), del artículo 6 del RRI en cuya virtud la elección de ley por los contratantes no puede privar al consumidor de la protección proporcionada por las normas del ordenamiento objetivamente aplicable al contrato que no pudieran excluirse mediante acuerdo. Esto es, por las normas imperativas del Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor.

60. En los litigios planteados antes las audiencias provinciales los contratos cuya nulidad se reclaman contenían cláusulas de elección de ley en cuya virtud se determinaba aplicable la legislación inglesa, ley que, por otra parte, coincide con la ley de residencia habitual de los consumidores. El nivel de protección, por tanto no resultaría mermado. Sin embargo, ello no implica que la norma elegida por las partes garantice la protección que ofrece la Ley 4/2012. Disposición que, como hemos expuesto, contiene disposiciones imperativas cuya aplicación *ex* artículo 9 RRI puede condicionar las soluciones previstas por la ley rectora del fondo del asunto.

VI. A modo de conclusión

61. La importancia económica y social del turismo es evidente en el mundo actual. El mercado turístico reporta beneficios a la sociedad, tanto a las empresas como a los trabajadores y a los consumidores. Es tarea de todos que las ventajas obtenidas de las actividades económicas vinculadas al sector no resulten negativamente condicionadas, al margen de factores inesperados e imposibles de controlar por el ser humano, por una mala gestión de los recursos ni por el desarrollo de prácticas engañosas, agresivas o desleales. El trabajo realizado ha puesto de relieve las dificultades prácticas, principalmente en el sector de la competencia judicial internacional, que suscitan los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico un sector en el que la intervención de grupos empresariales y el establecimiento de determinadas cláusulas contractuales pueden dificultar no solo la búsqueda de soluciones sino mermar la tutela de los consumidores.

⁶¹ Vid., D.CARRIZO AGUADO, “Aspectos jurídicos del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (...)”, cit., pp. 17-19.

LA GOBERNANZA DE LOS RIESGOS DIGITALES: DESAFÍOS Y AVANCES EN LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

THE GOVERNANCE OF DIGITAL RISKS: CHALLENGES AND DEVELOPMENTS IN THE REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido:21.01.2022 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6695>

Resumen: Los riesgos digitales constituyen una nueva categoría dentro de los riesgos globales que se encuentra en continuo crecimiento por lo que reclaman urgentemente su gestión y control. Estos riesgos digitales presentan una naturaleza singular por lo que tienen que ser sometidos a un modelo de gobernanza específico que actualmente se encuentra en construcción. En la configuración de este nuevo modelo de gobernanza destaca la estrategia que se está siguiendo en torno a la inteligencia artificial ya que concentra todas las claves de lo que será la futura gobernanza de los riesgos digitales en general.

Palabras clave: regulación, tecnologías de la información y la comunicación, inteligencia artificial, Derecho digital, riesgos digitales.

Abstract: Digital risks constitute a new category within global risks that are continuously growing and therefore urgently require management and control. These digital risks are unique in nature and must therefore be subject to a specific governance model that is currently under construction. In the configuration of this new model of governance, the artificial intelligence strategy stands out, as it concentrates all the keys to what will be the future of general governance of digital risks.

Keywords: information technologies regulation, artificial intelligence, digital law, digital risk.

Sumario: I. Introducción: Aproximación a la gobernanza de los riesgos digitales. II. La singularidad de los riesgos derivados de los entornos digitales. 1. La difícil toma de conciencia de los riesgos digitales. 2. La creciente amenaza de los riesgos digitales y la urgencia de su gobernanza. III. Evolución y características de la gobernanza de los riesgos digitales. 1. El punto de partida desde una intervención de mínimos. 2. El cambio de paradigma hacia una nueva gobernanza de los riesgos digitales. 3. Características de la nueva gobernanza de los riesgos digitales. IV. La gobernanza de los riesgos digitales en el ámbito de la inteligencia artificial. 1. Del soft law a las propuestas de regulación de la inteligencia artificial. 2. Análisis del marco jurídico de la inteligencia artificial. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* El presente trabajo se ha realizado como parte del proyecto de investigación “El impacto de la inteligencia artificial en los servicios públicos: Un análisis jurídico de su alcance y consecuencias en la asistencia sanitaria” (PGC2018-098243-B-I00) que se desarrolla bajo la dirección del profesor José Vida Fernández dentro de la convocatoria 2018 de «Proyectos de I+D de Generación de Conocimiento» del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. Introducción: La necesaria gobernanza de los riesgos digitales

1. La imparable transformación digital que están experimentando los países desarrollados ha dado lugar a una creciente preocupación por las implicaciones negativas que conlleva este proceso. Cada vez más nuestra sociedad depende de unas tecnologías de la información y de la comunicación que están alterando todas nuestras actividades (económicas, sociales, personales) y que comprendemos y controlamos cada vez menos. El progresivo aumento de la importancia de estas tecnologías en nuestra existencia obliga a reflexionar sobre los riesgos que incorporan y que pueden suponer una amenaza a nuestras condiciones de vida.

2. Conforme a este planteamiento, los riesgos digitales están en condiciones de ser incluidos entre los propios de la “sociedad del riesgo”¹ en cuanto riesgos derivados del desarrollo tecnológico que, como el cambio climático, las epidemias o el terrorismo, amenazan nuestra existencia a nivel global. En efecto, la definición de los riesgos digitales no se limita en trabajo a las amenazas sobre la integridad de las redes y sistemas de información que afronta la ciberseguridad, sino que tienen un sentido más amplio y profundo, ya que engloba todas las transformaciones derivadas de la digitalización que pueden llegar a amenazar aspectos básicos de nuestra actual forma de vida en términos económicos, políticos o sociales.

3. En este sentido, los riesgos digitales presentan una naturaleza muy singular en tanto no comprometen físicamente nuestra supervivencia como ocurre con los riesgos medio ambientales, sanitarios o para la seguridad pública. Por el contrario, los riesgos digitales afectan a los derechos y libertades e incluso a nuestro sistema político, ya que, además de a la intimidad de las personas, implica a la libertad de expresión, las libertades políticas y al propio funcionamiento de la democracia, al principio de igualdad y, en última instancia, a la dignidad humana.

4. Las singulares características de los riesgos digitales hacen más problemático su reconocimiento y abordaje ya que requieren un tratamiento específico por parte de los poderes públicos, que no pueden limitarse a la intervención reactiva que se ha empleado hasta ahora con respecto a los avances de las tecnologías de la información y la comunicación. La creciente complejidad e intensidad de las amenazas derivadas de la digitalización hace necesaria una verdadera gobernanza de los riesgos digitales basada en medidas proactivas que garanticen una innovación tecnológica segura y respetuosa con los fundamentos de nuestro orden político, económico y social.

5. Debe tenerse en cuenta que el concepto de gobernanza se utiliza aquí en sentido amplio y flexible para dar cabida a todas las nuevas formas en que articulan las políticas públicas para hacer frente a los riesgos digitales, lo que va más allá de las tradicionales formas de intervención pública de carácter unilateral y vertical. Por lo tanto, el sentido de que se dota a la gobernanza en este sector incorpora otras muchas fórmulas además de la tradicional regulación entendida como intervención basada en normas vinculantes, y que apelan a la ética y a la iniciativa privada horizontal, como es el caso de la autorregulación (NICKEL, 2015:185). En definitiva, la gobernanza es el término más expresivo y certero para denominar la nueva forma que tienen los poderes públicos de gestionar los riesgos digitales. Por último, debe aclararse que se trata de la gobernanza desarrollada a nivel europeo, ya que el análisis aquí desarrollado se circunscribe a este modelo, por lo que se dejan al margen otros que se están desarrollando en otros ámbitos como son el chino, ruso o el estadounidense, que son radicalmente distintos.

6. A partir de estas aclaraciones y con el planteamiento indicado, el presente trabajo aborda la cuestión de la gobernanza de los riesgos digitales a partir del análisis de la singularidad de dichos riesgos frente al resto de los riesgos globales (apartado 2), lo que constituye la base para entender la

¹ En el conocido concepto que fue inicialmente acuñado por Ulrich BECK (1998) y (2008), y que ha sido recogido a nivel interno en nuestro país en los trabajos de José ESTEVE PARDO tanto por lo que respecta al riesgo medio ambiental (1999) como a los riesgos para la salud (2002).

evolución que está experimentando la gobernanza del riesgo en este ámbito y el tránsito hacia un nuevo modelo (apartado 3), que se está manifestando en la estrategia que actualmente se aplica a los riesgos de una tecnología específica como es la inteligencia artificial (apartado 4).

II. La singularidad de los riesgos derivados de los entornos digitales

1. La difícil toma de conciencia de los riesgos digitales

7. Como punto de partida para plantear cualquier reflexión sobre la gobernanza de los riesgos derivados de la transformación digital resulta imprescindible tener en cuenta la singularidad que presentan esos riesgos de los entornos digitales, ya que su naturaleza y las características que presentan condicionan tanto la estrategia como los instrumentos que deben emplearse para afrontarlos.

8. En efecto, a partir de un análisis somero de los riesgos propios de los entornos digitales puede comprobarse que éstos se distinguen de los demás riesgos existentes a nivel global en la actualidad como son los riesgos medio ambientales, sanitarios, nucleares o terroristas. No es que sean más importantes, más graves o más acuciantes, sino que son, simplemente, distintos.

9. Esta singularidad se deriva, en primer lugar, de la naturaleza que presentan estos riesgos por razón del objeto que se amenaza, ya que en el caso de los “riesgos digitales” o, mejor dicho, “riesgos en entornos digitales”, el objeto a proteger no es el “entorno digital” (que sería el origen del riesgo)² sino los derechos fundamentales, la libertad humana y, en última instancia, la dignidad de la persona que se pueden ver afectadas de muy distintas formas (vulneración de la intimidad, discriminación o exclusión social) en los entornos digitales. De este modo, cuando se habla de riesgos “para la salud” o “para el medio ambiente” el objeto a proteger (la salud, el medio ambiente) es un fin en sí mismo que se manifiesta forma directa, física y concreta. Por el contrario, en el caso de los riesgos digitales nos encontramos con que el objeto a proteger (los derechos fundamentales y la dignidad humana) es abstracto y convencional y, sobre todo, se manifiesta de manera indirecta ya que lo que se tiene que proteger son esos derechos y la dignidad, y no el entorno digital que precisamente los amenaza.

10. Esta singular naturaleza de los riesgos digitales hace que sean más difíciles de identificar por parte de la ciudadanía, que es la que tiene que iniciar un debate sobre los mismos para afrontarlos a través de las medidas necesarias que se articulan a través de la llamada gobernanza. Esta inconsciencia de la ciudadanía frente los riesgos digitales es, precisamente, lo que Ulrich Beck identifica como “un reconocimiento demasiado frágil” (BECK, 2020), ya que pone en contraste la dificultad para percibir los daños sufridos en el ámbito digital con respecto a la concienciación generalizada que generan acontecimientos como el desastre de Chernóbil, el calentamiento global o la pandemia del COVID-19, en los que se produce una situación catastrófica con daños físicos concretos que genera una toma de conciencia y la adopción de medidas para afrontar estos riesgos. Por el contrario, conforme aumenta la complejidad del mundo tecnológico, más disminuye nuestra comprensión del mismo y de la propia realidad que nos rodea (BRIDLE, 2020), de modo que los riesgos en el ámbito digital son cada vez más inciertos, más complejos y, por lo tanto, más difíciles de identificar.

11. Incluso aunque se lleguen identificar estos riesgos digitales y los daños concretos que puedan derivarse de los mismos, lo cierto es que no son percibidos como verdaderos daños. En este sentido debe recordarse que, en el ámbito digital ha habido desastres que han desvelado daños muy graves a escala mundial, como el sistema de Vigilancia Prism de la NSA revelado por Edward Snowden o el de Cambridge Analytica con Facebook³, y, sin embargo, estos sucesos no han provocado una conciencia-

² Esto siempre que se entiendan los riesgos digitales en un sentido amplio, más allá de la ciberseguridad, ya que, de lo contrario, el objeto amenazado sí sería el entorno digital, esto es, la seguridad de las redes y sistemas de información.

³ Sobre el sistema de vigilancia (Prism) de la Agencia de Seguridad Nacional desvelado por Edward Snowden se puede

ción y movilización ciudadana similar a la que existe en defensa del medio ambiente o de la salud. Por el contrario, estos escándalos se han disuelto con el tiempo sin que hayan puesto en guardia a la ciudadanía, que desconoce y subestima el verdadero alcance de los daños causados, aunque resulte evidente que el número de personas afectadas y las consecuencias de la vulneración masiva de la intimidad de las personas o de su manipulación han tenido consecuencias fatales. El problema es que, en el fondo, los daños que se sufren en los entornos digitales no son considerados verdaderos daños ya que la violación de nuestra libertad y pérdidas de los derechos no duele, sino que desaparecen sin que los seres humanos resulten físicamente dañados (BECK, 2020: 313).

12. Pero, aún más, aunque esos riesgos digitales y los daños que puedan derivarse de los mismos sean considerados como verdaderos riesgos, lo cierto es que, en gran medida, se trata de riesgos y daños que son consentidos, lo que dificulta la movilización ciudadana. En efecto, existe una fuerte tendencia dataísta en nuestras sociedades ya que se asume como algo natural la renuncia a determinados derechos y libertades para alcanzar un estadio superior en la evolución (HARARI, 2016) a través del poder de los datos y de su procesamiento masivo mediante sistemas digitales. Sin necesidad de entrar en el debate al respecto, es posible constatar que la mayoría de los ciudadanos se deslizan por esta pendiente del dataísmo, ya que asumen los riesgos e, incluso, soportan estoicamente los daños que puedan derivarse del uso de determinados servicios digitales como un precio necesario para disfrutar de las soluciones y funcionalidades que dichos servicios les ofrecen⁴.

2. La creciente amenaza de los riesgos digitales y la urgencia de su gobernanza

13. Todas estas circunstancias, junto al más tardío desarrollo de la revolución tecnológica en este ámbito, han provocado que, a diferencia de lo que ocurre con otros riesgos globales, no hayamos sido conscientes de la gravedad y trascendencia que pueden llegar a tener los riesgos digitales hasta tiempos muy recientes, a pesar de la creciente amenaza que representan.

14. En efecto, los riesgos en el ámbito digital no se limitan a la vulneración de nuestra intimidad, sino que puede alcanzar a nuestra propia esencia que es el libre albedrío, limitando o haciendo desaparecer nuestra propia condición humana. Así puede apreciarse en numerosos estudios que alertan sobre la capacidad de las tecnologías digitales para captar nuestra atención (WU, 2020), para atraparnos en un determinado marco ideológico o “filtro burbuja” y condicionar nuestros pensamientos y opiniones (PARISER, 2020) o someternos de manera voluntaria a un poder que nos conoce mejor que nosotros mismos (HAN, 2014). E incluso, más allá de este condicionamiento indirecto de nuestra voluntad, se están desarrollando tecnologías mucho más directas e invasivas que permiten registrar datos mentales a partir de los impulsos cerebrales y manipular dichos datos reintroduciendo nuevos impulsos, que han motivado el reconocimiento tanto en Chile como en España de los neuroderechos para preservar la integridad física y psíquica del individuo⁵.

15. Además, la evolución, alcance y consecuencias de estos riesgos digitales son muy distintos a los de los demás riesgos globales, no ya por su singular naturaleza, sino porque se producen en un escena-

consultar el libro del propio SNOWDEN (2020) y, en el caso de Cambridge Analytica, y su incidencia en las elecciones presidenciales de los EEUU de 2017 que concluyeron con la victoria de Donald Trump resulta recomendable la lectura de KAISER (2020)

⁴ Así puede comprobarse en el caso de Google Maps que rastrea de forma permanente a sus usuarios para ofrecerles las mejores rutas, o, en el caso de los asistentes inteligentes (como Alexa, Siri o OK Google) a los que se permite que monitoricen las conversaciones a cambio de poder utilizar todas sus funcionalidades.

⁵ Chile está desarrollando los trámites necesarios para ser el primer país que reconozca los neuroderechos en su Constitución a través de la modificación de su artículo 19, número 1°, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de la inteligencia artificial. Al respecto *vid.* BASTIDAS CID (2021)

En el caso de España, el reconocimiento tiene un alcance mucho más limitado, ya que la Carta de Derechos Digitales, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2021 dedica su apartado XXVI a las neurotecnologías estableciendo que pueden regularse por Ley los límites y garantías de implantación y empleo en las personas de las neurotecnologías.

rio inédito hasta ahora, ya que la innovación tecnológica no se centra en el control y explotación de la naturaleza, como ocurre con los demás riesgos. Por el contrario, estamos en la “era del capitalismo vigilante” (ZUBOFF, 2020) en la que se controla y explota a los humanos por parte de unas grandes corporaciones que, por razones tecnológica, económicas y jurisdiccionales, escapan del alcance de los poderes públicos. Se está generando, por primera vez, un imperio regido por grandes empresas en el que puede llegar a ejercerse unos niveles de control desconocidos hasta ahora en la medida en que las personas nos estamos volviendo transparentes (BECK, 2020: 313). Frente a este nuevo escenario los derechos fundamentales tradicionales son insuficientes ya que fueron concebidos, en su mayoría, como derechos para limitar y contener el poder del Estado (es el caso de la interceptación de comunicaciones o, en general, las libertades políticas -censura, manifestación, etc.-) y, por el contrario, a lo que nos enfrentamos es a un poder absoluto de unos sujetos privados frente al que sólo podemos luchar, por ahora, invocando la protección de nuestra intimidad.

16. Por último, debe repararse en lo imparable del proceso de digitalización al que estamos sometidos, cuya intensificación en estos últimos años incrementa exponencialmente el nivel de los riesgos que este conlleva. Se trata de un proceso irreversible que va a ir en aumento en tanto todos los Estados, empresas y demás sujetos privados hacen depender su crecimiento y desarrollo de la digitalización. En el caso de la Unión Europea, la Comisión Europea afirma que estamos viviendo lo que identifica como “la década digital” y ha planteado una entrega incondicionada a lo digital, como puede apreciarse en sus planes para los próximos años que se contienen en la Comunicación Brújula Digital para 2030 de marzo de 2021⁶ y en la financiación del Programa Europa Digital 2021-2027⁷ y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia⁸. Pero lo más dramático es que la digitalización, que aquí se analiza como el origen del riesgo, se ha convertido en la panacea absoluta y definitiva, incluso para superar los demás riesgos globales como los sanitarios (las aplicaciones para controlar la pandemia provocada por la COVID), los ambientales (el fomento de los medios digitales para reducir la contaminación) o para la seguridad (los sistemas de vigilancia para controlar el terrorismo internacional)⁹. De este modo se genera una perversa correlación inversa conforme a la que la reducción del nivel de los riesgos globales más graves (para el medio ambiente, la salud o seguridad) pasa por el incremento de los riesgos en el ámbito digital.

17. Todas estas circunstancias hacen que sea urgente la incorporación de una verdadera gobernanza que gestione y mitigue estos riesgos digitales que van incrementándose y agravándose, y que no pueden afrontarse con las medidas adoptadas hasta ahora. De este modo, y a pesar de las dificultades descritas que han retrasado el debate sobre las amenazas derivadas de la transformación digital, en los últimos años ya se han estado adoptando algunas medidas que adelantan un cambio de paradigma en la identificación y tratamiento de los riesgos digitales configurando así un nuevo modelo de gobernanza de los riesgos digitales

III. Evolución y características de la gobernanza de los riesgos digitales

1. El punto de partida desde una intervención de mínimos

18. La singular naturaleza de los riesgos digitales explica las diferencias existentes entre el modelo de gobernanza que se emplea en este ámbito y los que se aplican para afrontar los demás riesgos

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital, COM (2021) 118 final, 9 de marzo de 2021.

⁷ Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240 (DOE 11.5.2021 L 166/1).

⁸ Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOE 18.2.2021 L 57/17).

⁹ Incluso a nivel teórico algún autor como Thomas HEMPHILL (2020:7) recomienda como principal instrumento para la gobernanza de la innovación (y del riesgo en general) el “adoptar la inteligencia artificial y el análisis de datos para la gestión de riesgos y el ajuste de la regulación”, sin reparar que los riesgos que, a su vez, entraña ese remedio.

globales. Como puede comprobarse sin gran dificultad, en el caso de los riesgos sanitarios, medio ambientales o para la seguridad, la gobernanza se ha basado en una intervención extraordinaria tanto por el número de medidas adoptadas como por su variedad y, sobre todo, por su intensidad. Así, por ejemplo, las actividades relacionadas con los medicamentos (salud) o con los organismos modificados genéticamente (medio ambiente) se encuentran sometidos a un régimen de intervención administrativa que se proyecta con una fuerza extraordinaria en todo su ciclo e implica, entre otras, medidas como la exigencia de autorización para la investigación, desarrollo, puesta en el mercado, etc.; y en el caso de la seguridad, las medidas son igualmente contundentes ya que implican medidas de vigilancia y prohibiciones, aunque no lleguen a conocerse la totalidad de las medidas adoptadas.

19. Por el contrario, la intervención que se ha desplegado hasta ahora para afrontar los riesgos en el ámbito digital se ha basado en unas medidas de carácter mínimo, ya que han sido pocas, indirectas y de alcance muy limitado. De hecho, puede afirmarse que, desde sus orígenes, los avances que se han venido produciendo en las TICs han estado sometidos únicamente a unas medidas basadas en límites externos establecidos tanto por normas generales (como son las normas sobre seguridad de productos y servicios y de protección de los consumidores) como por normas específicas (como la normativa sobre servicios de sociedad de la información –o servicios digitales– y, sobre todo, por la normativa de protección de datos personales). Esto al margen de la existencia de una normativa de estandarización (o normalización) destinada a mejorar la seguridad y calidad de productos y servicios que es de cumplimiento voluntario.

20. A pesar de la aparente densidad de toda esta normativa, la innovación digital se ha desplegado tradicionalmente bajo un principio de libertad, sin que haya sido obstaculizado el desarrollo y puesta en el mercado de los avances, ya que se han venido aplicando medidas de carácter negativo, *ex post* y estrictamente reactivas-correctivas, que, por lo tanto, han funcionado como límites externos. El ejemplo más expresivo de esta intervención de mínimos está en la evolución de Internet, la innovación que más han transformado nuestra sociedad en las últimas décadas, y que se ha desarrollado sin que exista una única Ley que lo regule de forma específica, ya que se han ido desplegando distintas normas destinadas a proteger aspectos que podían verse afectados por esta innovación (intimidad, propiedad intelectual, derechos de los consumidores), estableciéndose así unos límites externos que han encauzado su desarrollo.

2. El cambio de paradigma hacia una nueva gobernanza de los riesgos digitales

21. Si bien el desarrollo de las TICs se había basado en ese principio de libertad concretado en una intervención mínima, desde comienzos de la década pasada se puede apreciar un cambio de modelo motivado por la creciente importancia de la transformación digital para el crecimiento económico y el desarrollo social, y la necesidad de que exista un entorno de confianza y seguridad para que dicha transformación se produzca. La relevancia estratégica de lo digital está llevando a que muchos países vayan abandonando su tradicional modelo de intervención negativa y de carácter pasivo para desplegar una nueva estrategia de gobernanza de los riesgos en el ámbito digital que implica una mayor intervención.

22. Así se puede apreciar con especial claridad en el caso de la Unión Europea que, como es conocido, se ha venido caracterizando tradicionalmente por el despliegue de una importante intervención pública sobre las actividades económicas. No obstante, se trata de una tendencia generalizada que se proyecta a nivel global ya que se replica igualmente en otros ordenamientos como el estadounidense o los latinoamericanos con distintos planteamientos y diferente intensidad.

23. El punto de partida de este cambio de paradigma se sitúa en una nueva generación de normas de protección de datos que, en el caso de la Unión Europea se contienen en el Reglamento General de

Protección de Datos¹⁰ de 2016 y que se han ido incorporando igualmente a diferentes países, y que se caracterizan por incorporar medidas positivas, *ex ante* y esencialmente proactivas-preventivas, con las que se implica a los particulares de forma activa en el cumplimiento de normativa adaptando el cumplimiento a cada caso, en línea con los principios de la innovación responsable.

24. Estas medidas se concretan, en primer lugar, en el principio de responsabilidad proactiva, por el cual, el responsable del tratamiento no solo debe cumplir con la normativa de protección de datos, sino que deberá ser capaz de demostrarlo¹¹. A este principio se suma al enfoque orientado a la gestión del riesgo que obliga a la evaluación del riesgo para determinar las medidas de seguridad dependiendo del nivel de riesgo existente¹². Y ambos principios se unen en la obligación de la protección de datos desde el diseño y por defecto que exige aplicar medidas apropiadas para la protección de datos, atendiendo al estado de la técnica, coste y naturaleza del tratamiento y el riesgo que conlleva para los derechos y libertades de los afectados¹³. A esto se suman otras medidas complementarias que contribuyen a la responsabilidad activa como la figura del delegado de protección de datos y los mecanismos de autorregulación a través de códigos de conducta y de co-regulación mediante las certificaciones¹⁴.

25. Como puede comprobarse la normativa de protección de datos se sitúa a la vanguardia de este nuevo modelo de gobernanza del riesgo en el ámbito digital y establece un canon que se proyecta en todo este ámbito. Por lo tanto, el cambio que se ha producido en la protección de datos no tiene carácter aislado, sino que ha venido acompañado de otros muchos cambios que se han venido introduciendo, tanto en la normativa sectorial específica aplicable a TICs (servicios digitales online, inteligencia artificial, etc.), como también en la normativa general que le resulta de aplicación como es el caso de las normas sobre seguridad de productos y servicios, sobre protección de los consumidores, etc.

26. Se trata, por tanto, de un cambio de paradigma que se extiende a toda la transformación digital y que pone de manifiesto el progresivo abandono del tradicional *laissez faire* que se había practicado ante los avances tecnológicos que se venían dando en el ámbito de las TICs, y que tiene su origen en la creciente preocupación por los riesgos que pueden entrañar determinadas innovaciones tecnológicas con un enorme potencial disruptivo como es el caso de las plataformas de servicios digitales o la inteligencia artificial.

27. Por lo que respecta a las grandes plataformas, se puede apreciar claramente este cambio de paradigma en las nuevas iniciativas que ha puesto en marcha la Unión Europea con la propuesta de sendas Leyes de servicios y de mercados digitales que introducen una verdadera regulación *ex ante* de estas actividades que hasta ahora se habían desarrollado con total libertad bajo un régimen jurídico de mínimos como servicios de la sociedad de la información¹⁵. El caso de la inteligencia artificial presenta

¹⁰ Se trata del conocido 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 (DOU 4.5.2016 L 119/1).

¹¹ El artículo 5 del RGPD establece que «*el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 (que se refiere los principios relativos al tratamiento de los datos) y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)».*

¹² Conforme al artículo 35 RGPD.

¹³ Así se prevé que el responsable del tratamiento aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento y se añade que debe aplicar dichas medidas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento (art. 25 RGPD).

¹⁴ Sección 4 y 5 respectivamente del Capítulo IV RGPD.

¹⁵ Se trata de las Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), presentadas el 15.12.2020 COM(2020) 825 final, que vienen acompañadas por otras medidas ya en vigor como la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratación de contenidos y servicios digitales y el Reglamento (UE) 2019/1150 servicios de intermediación en línea para usuarios profesionales, que conforman lo que se puede identificar como el nuevo régimen de los servicios digitales VIDA FERNÁNDEZ (2021).

mayores novedades ya que se trata de una tecnología inédita sobre la que se proyectan todas las novedades de la nueva gobernanza, por lo merece un análisis más detallado que se desarrolla más adelante.

3. Características de la nueva gobernanza de los riesgos digitales

28. Aunque el nuevo modelo de gobernanza de los riesgos digitales se encuentra en proceso de formación y tendrá que definirse en los próximos años, ya es posible constatar que no es equiparable a los modelos de gobernanza de los demás riesgos globales. En efecto, la naturaleza singular de estos riesgos digitales que se ha descrito anteriormente, hace que sea muy difícil desplegar un sistema de intervención similar al que se ha venido desarrollando frente a los riesgos que amenazan el medio ambiente, la salud o la seguridad, por lo que deberá desarrollar unas características propias que aún están por definir.

29. Sin embargo, la construcción de la gobernanza de los riesgos digitales no puede plantearse en términos adánicos al margen de los demás modelos de gestión de los riesgos globales. Por el contrario, una gran parte de sus principios, instituciones y estructura están siendo asumidos en la gestión de estos nuevos riesgos derivados de la transformación digital. Así puede comprobarse en el caso del principio de precaución que está presente en la gobernanza de los riesgos digitales y que goza de una especial relevancia, tal y como puede comprobarse en la propuesta de reglamento de ley de inteligencia artificial de la Unión Europea que, sin mencionarlo, contiene importantes medidas de intervención ex ante –como prohibiciones y obligaciones–. Por lo tanto, no puede afirmarse que en el ámbito digital el principio de precaución haya sido superado por el principio de innovación, otro principio que ha ido surgiendo en los últimos tiempos aunque, por ahora, carece de reconocimiento formal en el Derecho europeo o nacional, ya que su mención se limita a documentos informales que lo describen como un “impulso a aquella regulación que favorezca la innovación manteniendo los estándares de protección de los derechos y valores reconocidos por la Unión”¹⁶. En todo caso, precaución e innovación no son principios contrapuestos sino complementarios ya que se trata de evitar interpretaciones maximalistas que puedan frenar o desbocar el desarrollo tecnológico y generar medidas que sean flexibles y se adapten a cada caso para afrontar los riesgos.

30. Ahora bien, en la configuración del modelo de gobernanza de los riesgos digitales, se irán forjando nuevos principios, instituciones y mecanismos que tienen su sentido y proyección en este ámbito específicos, como es el caso de las evaluaciones de riesgos que surgieron en el ámbito de la protección de datos y que se van aplicando a otras dimensiones de las innovaciones tecnológicas que van surgiendo en el ámbito digital bajo la denominación de evaluaciones de impacto. En efecto, este tipo de evaluaciones están ahora extendiéndose y desarrollándose en otros ámbitos de la digitalización como son los sistemas de inteligencia artificial, en los que adquieren nuevas funcionalidades ya que no se limitan a tener en consideración únicamente cuestiones relacionadas con la privacidad sino que se obliga a tener en consideración otros aspectos como la discriminación o la exclusión, lo que implica incorporar estándares socio-técnicos para valorar estos riesgos lo que, sin duda, va a complicar enormemente la evaluación.

31. Por lo que se refiere a la estrategia a través de la que se va a desarrollar esta nueva gobernanza de los riesgos digitales, parece muy difícil que se despliegue a través de una intervención ordenada y sistemática con unos instrumentos únicos y homogéneos y, menos aún, se prevé ningún tipo de código con principios y mecanismos comunes que se apliquen de forma más o menos general, tal y como suele ocurrir en el ámbito del medio ambiente o de la salud. Por el contrario, parece inevitable que se produzca una intervención fragmentada ya que es necesario mantener un tratamiento diferenciado de las diversas aplicaciones y servicios que se enmarcan dentro del ámbito digital y de sus distintas dimensiones (protección de datos, propiedad intelectual e industrial) en tanto responden a diferentes principios

¹⁶ European Political Strategy Centre (EPSC), «Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation», EPSC Strategic Notes n° 14, 30 de junio de 2014.

y valores, y presentan su propia problemática. Así, por ejemplo, no puede aplicarse un mismo régimen de responsabilidad por sus servicios a los prestadores de servicios de sociedad de la información (como por ejemplo una página de venta de productos online) que a los que prestan servicios electrónicos de confianza (como es la firma electrónica cualificada) o los que prestan servicios de inteligencia artificial, ya que tiene que ser necesariamente asimétricos para ajustarse a los distintos principios, valores y problemáticas que concurren cada caso.

32. De este modo, no es posible identificar unas técnicas únicas para abordar los riesgos en entornos digitales, ya que estas dependerán de las características de los problemas que se plantean en cada caso. En efecto, en la gestión de los riesgos digitales se han venido desarrollando una gran cantidad de técnicas de carácter muy variado y complejo –*horizon scanning, scenario planning, upstream public engagement, constructive technology assessment, real-time technology assessment, ethical technology assessment, sandboxes*, códigos de conducta, estándares, moratorias, etc. (STILGOEA, OWEN, MACNAGHTEN: 2013)–, pero todas ellas vienen aplicándose de forma abierta y flexible sin que prevalezca ni se excluya ninguna de ellas, de modo que utilizan desde las más rudimentarias como la prohibición de actividades), a las más sofisticadas como la experimentación en *sandboxes* o bancos de prueba.

33. Más allá de este esbozo de trazo grueso, poco más se puede concretar del nuevo modelo de gobernanza de los riesgos derivados de los entornos digitales ya que, como se ha adelantado, se encuentra en pleno proceso de desarrollo sin que hayan terminado de concretarse las que serán sus principales características.

IV. La gobernanza de los riesgos digitales en el ámbito de la inteligencia artificial

1. Del soft law a las propuestas de regulación de la inteligencia artificial

34. Si bien, como se ha indicado, el cambio de paradigma en la gestión de los riesgos derivados en los entornos digitales tiene su origen en la normativa de protección de datos, el proceso de transformación se está extendiendo por todas las dimensiones del sector digital, adquiriendo un especial significado en el ámbito de la inteligencia artificial que constituye el ejemplo más novedoso y completo de este cambio. En efecto, el desarrollo durante los últimos años de sistemas cada vez más complejos y eficaces de inteligencia artificial y la expectativa de que se apliquen a cada vez más ámbitos de la actividad humana ha generado una creciente preocupación a nivel global que se está concretando en numerosas medidas en las que se ponen de manifiesto las características del nuevo modelo de gobernanza de los riesgos digitales.

35. En el caso de la Unión Europea, la preocupación en torno a los desafíos que plantea la inteligencia artificial ha motivado un intenso debate que se ha desarrollado tanto a nivel europeo como nacional donde se han aprobado distintas estrategias por parte de los países europeos¹⁷. En el caso de la Unión Europea resulta muy destacable que, en poco más de tres años, se haya fraguado una verdadera política específica en esta materia que ha culminado con la presentación de una propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial.

36. Así, a partir de las Conclusiones Europeo de 19 de octubre de 2017 [EUCO 14/17], en las que se apuntaba a la necesidad de abordar los riesgos de la inteligencia artificial, la Comisión publicó la Comunicación Inteligencia Artificial para Europa el 25 de abril de 2018 COM(2018) 237 final, a la

¹⁷ En el caso de España se aprobó una Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial el 20 de noviembre de 2020. Otros países europeos han aprobado su propia estrategia como es el caso de Francia (*Donner du sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne*, de 8 de marzo de 2018), Alemania (*Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung*, de 15 de noviembre de 2018) o del Reino Unido (*AI in the UK: No Room for Complacency*, de 15 de diciembre de 2020).

acompañaría el Libro Blanco sobre Inteligencia artificial de 19 de febrero de 2020 COM(2020) 65 final. En paralelo, el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial publicó unas Directrices Éticas en materia de IA el 8 de abril de 2019 y el Parlamento Europeo aprobó el 20 de octubre de 2020 tres importantes documentos: una resolución con recomendaciones a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial 2020/2012(INL); un informe sobre responsabilidad por daños derivados de la inteligencia artificial 2020/2014(INL); y un informe sobre los derechos de propiedad intelectual y el desarrollo de la inteligencia artificial 2020/2015(INI). Toda esta evolución ha concluido (por ahora) con la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas sobre inteligencia artificial presentada por la Comisión Europea el 21 de abril de 2021.

37. Lo más relevante de todo este proceso es que la Unión Europea ha articulado una sólida política en materia de inteligencia artificial, con medidas de intervención sólidas y contundentes con las que se ha superado la indeterminación y el carácter dispositivo que sufría esta política basada en inicialmente en medidas de *soft law*. De esto modo, la estrategia europea sobre inteligencia artificial se ha articulado en tres instrumentos complementarios a través de los que se lleva a cabo la gobernanza de los riesgos derivados de este avance tecnológico: las directrices éticas, los procesos de estandarización y el marco jurídico general y específico¹⁸.

38. En primer lugar, las directrices éticas del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial de abril de 2019 constituye un instrumento de *soft law* que contiene un enfoque ético de la inteligencia artificial centrada en el ser humano y basada en directrices como la predictibilidad, explicabilidad, responsabilidad y respeto de los derechos fundamentales, que trata de convertirse en un punto de referencia a nivel internacional al hacer de la Unión Europea el adalid de la IA ética y fiable, dando lugar así a un modelo propio y distinguible en el materia (AI made in Europe).

39. Aunque carezcan de carácter vinculante, las directrices éticas tienen un importante papel ya que son la manifestación de la horizontalidad, flexibilidad y adaptabilidad del nuevo modelo de gobernanza. En todo caso, la falta de vinculatoriedad no resta de valor jurídico a las directrices éticas que cumplen numerosas funciones. Así, constituyen un punto de referencia para los Estados que pueden utilizarlas como fundamento tanto para la estandarización como para la configuración de las normas que les puedan resultar aplicable en tanto ofrecen criterios para abordar los riesgos que vayan apareciendo con la intensificación del uso de la inteligencia artificial. La utilidad de este marco ético es indudable ya que contiene principios generales que constituyen un punto de encuentro y que actúan como faro que guía el proceso de incorporación de la inteligencia artificial. Sin embargo, sus virtudes son también el origen de sus problemas ya que la falta de concreción y vinculatoriedad impide que se puedan encontrar soluciones únicas dando lugar a una fragmentación que ha hecho necesaria la adopción un marco normativo armonizador.

40. En segundo lugar, estaría la estandarización o normalización que es un instrumento de autorregulación regulada que sirve para que el diseño, desarrollo o utilización las soluciones de IA cumplan unos parámetros comunes dispuestos por los propios actores del sector bajo la supervisión pública. Se trata así, de unos mecanismos de co-regulación que sirven para la normalización de los productos conforme a unas “normas” y “reglamentos técnicos” (como los de la ISO) cuya observancia se acredita mediante actos de certificación de entidades privadas acreditadas o de homologación por la Administración pública. Aunque esas normas y reglamentos técnicos no tienen carácter vinculante, generan efectos jurídicos en tanto la presunción de conformidad con las mismas facilita la libre circulación y la aceptación por el mercado, resultando un mecanismo idóneo para el control de la inteligencia artificial¹⁹.

¹⁸ Tal y como lo sistematiza HERNÁNDEZ PEÑA (2020) que desarrolla un análisis detallado de cada uno.

¹⁹ Tal y como apunta GALÁN PASCUAL (2021:13) y como propone VEGA IRACELAY (2018: 39) como modelo de una adecuada gobernanza.

41. Sin duda la normalización va a jugar el papel más relevante en la gobernanza de la inteligencia artificial ya que se trata de un instrumento idóneo que incorpora elementos como el carácter técnico de detalle, la adaptabilidad, la flexibilidad, que son necesarios para encauzar una tecnología compleja y de vanguardia como es la inteligencia artificial. En este sentido se puede comprobar como la IA ha pasado a figurar de forma permanente en los Planes de Regulación de Estandarización para TIC (*Rolling Plan for ICT Standardisation*) aprobados por la Unión Europea, como es el caso del último de 2021 que la identifica como uno de los ámbitos estratégicos y habilitadores en los que se desarrollará la política europea de estandarización, para lo que plantea incorporar actores relevantes (empresas, administraciones, universidades, sociedad civil), coordinarse con los procesos desarrollados a nivel internacional, y considerar las directrices éticas del Grupo de Expertos. En la actualidad se están desarrollando los primeros estándares o normas técnicas en esta materia por parte del Comité Europeo de Normalización (CEN) y los representantes nacionales que permitirán incorporar la ética y la seguridad desde el diseño, sin necesidad de recurrir a imposiciones.

42. En tercer y último lugar, el marco jurídico o la regulación a través de normas de *hard law*, se presenta como un instrumento residual dentro de la gobernanza de la inteligencia artificial, ya que se aplica ante las insuficiencias de los anteriores. En efecto, aunque las normas y reglas son el instrumento de intervención más clásico y natural, se plantean como recurso de *ultima ratio* dentro de la gobernanza en este ámbito en el que priman otros instrumentos que tratan de implicar a los actores y evitar la imperatividad para garantizar el cumplimiento y acierto de unas exigencias en un contexto que es extremadamente complejo.

43. No obstante, el incremento de los riesgos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial ha otorgado un mayor protagonismo al marco jurídico al que debe quedar sometida esta tecnología, que se está completando y reforzando con la propuesta de normas específicas que van a regular estos sistemas, tal y como se podrá comprobar a continuación.

2. Análisis del marco jurídico de la inteligencia artificial

44. Como punto de partida a la hora de analizar el marco jurídico de la inteligencia artificial es necesario aclarar que, pese a lo que pudiera parecer, esta novedosa tecnología ya se encuentra regulada, si bien no está sometida a un régimen jurídico específico. En efecto, en todos los ordenamientos es posible encontrar un buen número de normas que, de forma fragmentada e indirecta, resultan aplicables a esta nueva tecnología y a los avances que va experimentando.

45. En efecto, en el ámbito de la Unión Europea los sistemas de inteligencia artificial quedan sometidos a numerosos bloques normativos, que pueden ordenarse de la siguiente manera conforme a un criterio de especificidad concluyendo con los más generales. En primer lugar, y en tanto se basan en el procesamiento masivo de datos estos sistemas se someten a la normativa de protección de datos (RGPD), a la de circulación de datos no personales (Reglamento de Datos no Personales)²⁰ y la de datos abiertos y reutilización de información del sector público (Directiva Open Data²¹). En la medida que pueda considerarse un servicio de las TICs se le aplica la normativa sobre sociedad de la información (Directiva de Comercio Electrónico²²) y la normativa sobre servicios digitales que vendrá a sustituirla (las futuras directivas de servicios y mercados digitales²³). También en el ámbito de la normativa digi-

²⁰ Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

²¹ Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

²² 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.

²³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley

tal, y en tanto le resulte aplicable por sus características se aplicaría la normativa sobre ciberseguridad (como la Directiva NIS²⁴ o el Reglamento sobre Ciberseguridad²⁵).

46. Por otra parte, como cualquier otro producto o servicio se le aplica la normativa general sobre seguridad y responsabilidad de productos incluidas en el *New Legislative Framework*²⁶ de 2008 y el futuro Reglamento de seguridad de los productos²⁷ y la Directiva de máquinas²⁸. En la medida que estos sistemas estén destinados o afecten a consumidores finales se aplicará la normativa general sobre consumidores y usuarios²⁹. Y en cuanto estos sistemas de inteligencia artificial se empleen en ámbitos económicos concretos sometidos a una regulación específica se le aplicará el contenido de la normativa de referencia laboral, de salud, de transporte, etc. Todo esto sin perjuicio de que deben respetar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

47. A pesar de la aparente densidad de toda esta normativa, debe tenerse en cuenta que se trata de un marco jurídico de mínimos que es indirecto e inespecífico, por lo que aplica a todas las innovaciones que van surgiendo en el ámbito digital. De esta forma, cualquier programa de software que se desarrolle –incluso aunque no esté basado en inteligencia artificial–, quedaría sometido a la misma normativa que actúa básicamente, como un límite externo a las innovaciones.

48. Precisamente por ello, toda esta normativa se ha venido completando a nivel europeo con medidas de *soft law* basadas en el establecimiento de principios de conducta (directrices éticas) y de autorregulación regulada (normalización). Sin embargo, todas estas medidas han sido consideradas insuficientes para afrontar los riesgos que plantean los sistemas de inteligencia artificial, por lo que la Comisión Europea ha recurrido a normas jurídicas (*hard law*) directas y específicas como es la 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) COM(2021) 206 final que fue presentada el 21 de abril de 2021 y que se adoptará a lo largo de 2022. Se trata de una iniciativa que pone de manifiesto el cambio de paradigma en la gobernanza de los riesgos digitales ya que se abandona el abstencionismo que tradicionalmente había caracterizado a las políticas en el ámbito digital y se recurre a una intervención a través de medidas *ex ante* de carácter proactivo para afrontar los eventuales riesgos derivados de la inteligencia artificial.

de servicios digitales) COM(2020) 825 final y 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.

²⁴ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.

²⁵ Reglamento 2019/881 del Parlamento europeo y del Consejo relativo a ENISA (Agencia 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 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad).

²⁶ Que se compone del Reglamento (CE) N° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos; la Decisión N° 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos; y el Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos

²⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 y se deroga la Directiva 87/357/CEE y la Directiva 2001/95/CE

²⁸ Se trata de la modificación de la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas

²⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, a la que se añade la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y también la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

49. En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta propuesta de Reglamento de Ley de inteligencia artificial no establece un marco jurídico completo y exhaustivo en este ámbito, sino que viene a completar la normativa que ya resulta aplicable para cubrir las cuestiones más problemáticas que pueden surgir de determinados usos de la inteligencia artificial. Además, esta propuesta de Reglamento no supone el desmoronamiento de las medidas tradicionales de intervención pública (prohibiciones, licencias, autorizaciones) como las que se han desarrollado frente a los riesgos medioambientales, sanitarios o de seguridad, sino que incorpora una serie de disposiciones que, si bien son de carácter vinculante, tienen un carácter abierto, flexible y adaptativo al igual que las que se venían aplicando en el ámbito de la protección de datos.

50. Sin entrar en un análisis detallado de la propuesta de Reglamento, lo más destacable desde el punto de vista estratégico es la unidad y contundencia con la que la Unión Europea ha decidido reforzar la gobernanza de esta materia, ya que se opta por un reglamento como instrumento de intervención normativa, para evitar así cualquier posible fragmentación entre los Estados miembros a la hora de establecer unas reglas específicas para los principales problemas que suscita la inteligencia artificial³⁰. En todo caso, se trata de un reglamento peculiar ya que no contiene un régimen acabado de la inteligencia artificial, sino que establece unos contenidos mínimos que admiten ser completados por los Estados Miembros³¹.

51. Por otra parte, el futuro Reglamento sobre inteligencia artificial tiene un carácter transversal y expansivo ya que tendrá un alcance extraterritorial al aplicarse a usuarios y prestadores situados en terceros Estados cuando el resultado producido por el sistema se utilice en la Unión, lo cual resulta esencial para la eficacia de su contenido en la medida que gran parte de las actividades pueden ser desarrolladas por prestadores fuera de la UE³². En este mismo sentido, la propuesta de Reglamento se proyecta al uso de la IA, tanto en el ámbito privado como público, teniendo en cuenta las particularidades que presenta su utilización por las autoridades públicas³³.

52. La finalidad de esta propuesta de Reglamento no es otra que afrontar y gestionar los riesgos que suscita el uso de la inteligencia artificial, y es precisamente el concepto de “riesgo” el que se convierte en el eje de su diseño³⁴. En la configuración de la gestión de los riesgos de esta nueva tecnología se ponen de manifiesto las principales características de la nueva gobernanza de los riesgos digitales ya que establece un marco jurídico específico para la inteligencia artificial, en el que se incorporan distintas técnicas de intervención, con un enfoque abierto, proporcionado y flexible como corresponde a la nueva gobernanza de los riesgos en este ámbito.

53. Conforme a estas características, lo más notable de la propuesta es que se basa en un enfoque orientado a riesgos, que da lugar a una intervención adaptativa que se ajusta al nivel de riesgo generado por los distintos usos de la inteligencia artificial que se clasifican en³⁵:

- a) Riesgo inadmisibles, que se enumeran de forma taxativa (por ejemplo, cuando se trata de sistemas que manipulan colectivos vulnerables, o la identificación biométrica en tiempo real en espacios públicos) y que quedan expresamente prohibidos³⁶;
- b) Riesgo alto, que es el concepto clave ya que son sistemas que se enumeran en un Anexo

³⁰ Apartado 2.4 de la exposición de motivos de la 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) COM(2021) 206 final.

³¹ Sobre el reglamento como instrumento para la ordenación de la inteligencia artificial *vid.* GARCÍA GARCÍA (2022: 319)

³² El artículo 2 de la Propuesta de Reglamento dispone que será aplicable a: a) Quienes introduzcan o pongan en servicio sistema de IA en el territorio de la Unión Europea, al margen de que estos proveedores tengan establecimiento en la UE o en terceros países; b) Quienes utilicen sistemas de IA que se encuentren dentro de la UE; c) Cualquiera de los anteriores que estén situados en terceros países, cuando la infracción de salida generada sea usada dentro de la UE.

³³ Por ejemplo, la naturaleza de los algoritmos (BOIX PALOP, 2020) o el acceso a los mismos (GUTIÉRREZ DAVID, 2021).

³⁴ Hasta el punto de que se hace mención a los riesgos más de trescientas veces a lo largo del Reglamento.

³⁵ Para un análisis más detallado del sistema de riesgos contenido en la propuesta de Reglamento de Ley de inteligencia artificial *vid.* SORIANO ARNANZ (2021: 11-20).

³⁶ Título II (artículo 5) sobre Prácticas de Inteligencia Artificial Prohibidas.

que se irá modificando y que dependen del ámbito en que se utilicen. Estos sistemas están permitidos, pero deben cumplir ciertos requisitos y someterse a un control ex ante de cumplimiento de los mismos, donde se aprecia el enfoque orientado a riesgos en tanto se facilita y flexibiliza su utilización siempre que evidencien la seguridad de los mismos a través de la de la autocertificación y la estandarización³⁷;

- c) Riesgo limitado, que incluyen sistemas que se relacionen con humanos, o que manipulan contenidos (como es el caso del *deep fake*) a los que se impone unas obligaciones de transparencia, esencialmente para que se identifique su presencia³⁸;
- d) Riesgo mínimo o nulo, que son aquellos sistemas de inteligencia artificial que se aplican de forma muy específica y en tareas sin especial trascendencia (filtros de spam, videojuegos), cuyo uso es libre, aunque se fomenta el cumplimiento de códigos de conducta para adecuarse a los requisitos del riesgo alto.

54. Por otra parte, la propuesta de reglamento incorpora técnicas de gobernanza novedosas, como puede comprobarse en las medidas para el fomento de la innovación³⁹, entre las que se encuentra la creación de bancos de prueba regulatorios (*sandboxes*) para un uso controlado de nuevas soluciones de inteligencia artificial.

55. Por último, resulta notable la propuesta de una estructura organizativa específica para la gestión de esta nueva gobernanza de los riesgos derivados de la inteligencia artificial⁴⁰, ya que se prevé que los Estados miembros designen una autoridad nacional de supervisión que será la responsable de la ejecución del reglamento de forma objetiva e imparcial, y, asimismo, se dispone la creación de un Comité Europeo de Inteligencia Artificial como organismo de cooperación y consulta que servirá a las autoridades nacionales de supervisión.

56. En definitiva, de aprobarse en estos términos, la propuesta de la Reglamentación supondrá un importante avance, ya que es un compendio de los mejores y más avanzados instrumentos para la gobernanza de los riesgos en el ámbito digital, por lo que resulta imprescindible tenerla como punto de referencia.

V. Conclusiones

57. Los riesgos digitales constituyen una realidad frente a la que es necesario actuar, a pesar de las dificultades que han existido hasta ahora para su identificación y toma de conciencia por parte de la ciudadanía. El imparable proceso de transformación digital está incrementando el alcance y la trascendencia de estos riesgos que se han convertido en una creciente amenaza, por lo que se hace necesaria e inaplazable la reacción por parte de los poderes públicos.

58. Sin embargo, los riesgos digitales presentan una naturaleza propia y singular que los distingue de los demás riesgos globales, por lo que requieren de un sistema de gobernanza específico. En este sentido, se trata de unos riesgos que no afectan a una realidad física ni amenazan nuestra existencia material, sino que se proyectan sobre todas nuestras actividades afectando a nuestro sistema económico y político, así como a nuestros derechos y libertades y, en última instancia, a nuestra dignidad como personas.

59. La novedad que suponen estos riesgos y la falta de una verdadera concienciación frente a los mismos explican la ausencia, hasta ahora, de un sistema de intervención pública para la gestión de los avances en el ámbito digital. A pesar de la enorme trascendencia que la informatización de la sociedad o

³⁷ Título III (artículos 6 a 51) sobre sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo.

³⁸ Título IV (artículo 52) sobre Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de inteligencia artificial.

³⁹ Título V (artículos 53 a 55) sobre Medidas de Apoyo a la Innovación.

⁴⁰ Título VI (artículos 56 a 59) sobre Gobernanza.

el acceso permanente a infinidad de datos, los avances tecnológicos que lo han permitido, como son los ordenadores personales, la programación informática o Internet, se han desarrollado bajo un marco de plena libertad sometidos a unas medidas de carácter mínimo meramente reactivas y de carácter negativo.

60. La intensificación de la transformación digital y la creciente relevancia de los riesgos que conlleva este proceso están provocando un cambio de paradigma que se manifiesta en el surgimiento de una nueva gobernanza de los riesgos digitales a nivel europeo con la que se abandona el tradicional abstencionismo frente a la innovación tecnológica que se había venido practicando en el ámbito de la TICs.

61. Esta nueva gobernanza europea de los riesgos digitales tiene su primera manifestación en el ámbito de los datos, en el que la Unión ha adoptado una serie de iniciativas encabezada por el Reglamento General de Protección de Datos que incorpora medidas de carácter positivo que implican actuación proactiva tanto por parte de los particulares bajo la supervisión de los poderes públicos.

62. La construcción de esta gobernanza a nivel europeo se proyecta ahora sobre la inteligencia artificial, cuyo desarrollo ha suscitado una gran preocupación y ha precipitado la adopción de numerosas iniciativas de manera que se puede empezar a hablar de un incipiente sistema de gobernanza de los riesgos digitales y a identificar sus elementos característicos.

63. En concreto la política europea sobre inteligencia artificial se materializa en distintas medidas tanto de carácter dispositivo (*soft law*) como vinculantes (normas), que implican la actuación de los actores privados concernidos como de las autoridades públicas competentes y que se combinan entre ellas de forma flexible y abierta. Así pueden sistematizarse todas estas medidas en tres niveles como son los principios (directrices éticas), la auto y co-regulación (estandarización) y la regulación ordinaria (normativa).

64. Incluso esta última modalidad de gobernanza a través de medidas de intervención normativa, incorpora importantes novedades ya que no se basa en instrumentos de intervención unilateral, cerrada y estática (autorizaciones, licencias) sino que incorpora un enfoque abierto y adaptativo basado en la valoración del riesgo por parte de los particulares, junto a otras novedades que van forjando el nuevo sistema de gobernanza de los riesgos digitales.

ACERCA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA CON EL DERECHO ITALIANO

ABOUT THE SUCCESSION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE WITH ITALIAN LAW

MARÍA PATRICIA VIVES VELO DE ANTELO

Investigador predoctoral en Universidad Carlos III de Madrid
Predocctoral researcher at University Carlos III of Madrid

Recibido: 28.10.2021/Aceptado: 08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6696>

Resumen: Este trabajo pretende realizar un análisis crítico de los derechos sucesorios que el ordenamiento jurídico español concede al cónyuge viudo desde una perspectiva comparada con el Derecho italiano y en el contexto de la realidad social actual. Específicamente se plantea que el deseo de proteger al cónyuge superviviente no debería ir en detrimento de la libertad de testar del causante.

Palabras clave: cónyuge superviviente, legítima, derecho de habitación y de uso, Derecho italiano.

Abstract: This paper aims to carry out a critical analysis of the inheritance rights that the Spanish legal system grants to the surviving spouse from a comparative perspective of Italian law, in the context of current social reality. Specifically, it is proposed that the desire to protect the surviving spouse should not be detrimental to the deceased's freedom of disposition.

Keywords: surviving spouse, forced heirship, right of habitation and use, Italian law.

Sumario: I. Introducción. II. Un nuevo Derecho para una nueva sociedad. III. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en España. IV. Una perspectiva comparada desde el Derecho italiano. 1. El fortalecimiento de la posición del cónyuge superviviente a partir de la reforma del Derecho italiano de 1975. 2. Una legítima en plena propiedad. 3. El legado del derecho de habitación a favor del cónyuge superviviente. A) Problemas de interpretación del artículo 540.II. a) Legado no imputable a la legítima del cónyuge viudo. b) *Il diritto di abitazione* en la sucesión *ab intestato* ¿estamos ante un prelegado? c) Presupuestos para la concesión de los derechos de uso y habitación: el problema de la titularidad. d) ¿Es posible dejar la propiedad de la vivienda familiar a un tercero? La lesión cuantitativa o cualitativa del cónyuge viudo. B) Conclusiones acerca del legado de los derechos de uso y habitación: ¿un instrumento al servicio de la voluntad del causante? V. Claves para una reforma en España a la luz de la experiencia italiana.

I. Introducción

1. Este trabajo es el resultado de una estancia de investigación en la *Università «La Sapienza»*, de Roma, de la que he podido disfrutar durante los meses de junio, julio y septiembre del año 2021 gracias a la amabilidad y disposición del profesor Dr. Vincenzo Barba. Con su ayuda y consejo he tratado

de estudiar los derechos sucesorios que el ordenamiento jurídico italiano concede al cónyuge viudo con ocasión de la muerte del causante, deteniéndome especialmente en los derechos de uso y habitación sobre la vivienda familiar, una institución que, si bien en principio podría ser vista con buenos ojos en España, presenta una serie de problemas que conviene tener en cuenta de cara a una futura reforma.

2. En España¹, el cónyuge viudo es el gran olvidado por el legislador en el ámbito del Derecho sucesorio. En los últimos años, si bien se han llevado a cabo en nuestro país diferentes reformas legislativas que han afectado a principios fundamentales de nuestro -todavía excesivamente rígido- sistema legitimario, resulta habitual que a la muerte del causante el cónyuge supérstite se encuentre en una situación de desamparo y, en muchas ocasiones, a merced de sus hijos -en una clara situación de superioridad y sobreprotegidos por la legislación sin importar la voluntad del difunto-. Tanto es así que se plantea la posibilidad de conceder mayores derechos sucesorios al cónyuge a través de propuestas que comentaremos más adelante y van en la dirección de garantizarle, al menos y de alguna forma, la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual a la muerte del difunto.

En Italia, en cambio, la situación del cónyuge viudo es, en principio, más favorable que en España, ya que recibe una legítima en propiedad, no en usufructo, y se le confiere por ley la posibilidad de continuar residiendo en la vivienda familiar, con independencia de cualquier otro derecho sucesorio que desee otorgarle el difunto. Esto, no obstante, precisa ser matizado y analizado cuidadosamente ya que, como veremos, puede llegar a reducirse significativamente la autonomía de la voluntad del causante.

3. Con este objetivo, comenzaré este trabajo repasando sucintamente la situación del Derecho sucesorio español en la realidad social actual, con especial referencia a la posición del cónyuge supérstite ante la muerte del causante y el posible fundamento de su legítima, para pasar a exponer de una forma más detallada la legislación italiana, tratando de presentar las ventajas e inconvenientes que tendría un régimen similar en España y comparándolo, en última instancia, con alguna propuesta de reforma que ha sido presentada por la doctrina española.

II. Un nuevo Derecho para una nueva sociedad

4. Cada vez son más las voces que se alzan a favor de una reforma del Derecho de sucesiones y, en particular, de la institución de la legítima, en el ánimo de otorgar una mayor libertad de disposición al causante. Centrándonos en España, parece que existe cierto consenso en la doctrina al considerar que el rígido sistema legitimario de nuestro Código Civil no se adapta a la realidad social actual².

¹ Cuando hablamos del Derecho español, nos referimos concretamente al ámbito del Derecho común.

² T. F. TORRES GARCÍA, “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006; J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006; M. E. COBAS COBIELLA, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, nº17, 2006; A. VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, nº3, 2007; M. A. PARRA LUCÁN, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, ISSN-e 2530-6324, nº13, 2009; A. BARRIO GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Colección Monografías de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones; Dykinson, Madrid, 2012; J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, en “Reflexiones sobre la legítima”, *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO- M^a. P. GARCÍA RUBIO (dir), M. HERRERO OVIEDO (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2014; E. ROCA TRÍAS, “Una reflexión sobre la libertad de testar”, *Estudios de Derecho de Sucesiones, ob. cit., Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014; P. DE BARRÓN ARNICHES, “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *InDret*, Barcelona, octubre 2016; A. VAQUER ALOY, “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, Barcelona, octubre 2017; M. E. COBAS COBIELLA, “La modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas”, *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017; P. DE BARRÓN ARNICHES, “Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores”, *La libertad de testar y sus límites*, A. VAQUER ALOY (coord.), M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (coord.), E. BOSCH CAPDEVILA, (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018;

Lo cierto es que vivimos en una sociedad en constante cambio, que nada tiene que ver con la economía agraria característica de la época de publicación del Código Civil. No nos fijemos únicamente en factores económicos y demográficos o en los grandes avances de las nuevas tecnologías: sólo situando el punto de mira en la familia podremos darnos cuenta de las profundas transformaciones que ha sufrido nuestra sociedad.

5. Si el Derecho de Familia clásico se sustentaba en un modelo de familia tradicional, basado en el matrimonio entre hombre y mujer, hoy nos encontramos con una realidad que BARRIO GALLARDO³ denomina polimórfica, integrada por múltiples modelos de familia. Asimismo, mientras la economía agraria tradicional se caracterizaba por un patrimonio colectivo-familiar constituido a partir del esfuerzo común de los miembros de la familia⁴, en la que el eje de dicha unidad familiar era la tierra y la heredad, el contexto actual está marcado por una sociedad urbana⁵ en la que predomina el individualismo y donde el eje central de la familia son los lazos de afecto entre sus miembros. Esto tiene como consecuencia que el vínculo familiar sea más profundo -ya que no va a nacer de una «unidad de trabajo» sino de una auténtica afectividad- pero, al mismo tiempo, más vulnerable⁶, algo que se refleja en los cada vez más frecuentes casos de desestructuración de familias.

6. Otro factor que ha tenido un gran impacto en el ámbito del Derecho de familia y, por tanto, también en el Derecho de sucesiones español, es el aumento de la esperanza de vida y consiguiente envejecimiento de la población. Así, según un estudio publicado en la Revista Española de Investigaciones Sociológicas, en el año 1900 la esperanza de vida al nacer en España era de cuarenta años⁷. En la actualidad, este dato se ha duplicado, situándose en los 82,34 años el pasado 2020⁸. Asimismo, en lo que se refiere al envejecimiento de la población, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas ha publicado un informe en el que se indica que en el año 2050 «las personas mayores casi habrán duplicado sus efectivos actuales»⁹, personas mayores que, generalmente, van a vivir de una pensión, en la mayoría de los casos insuficiente. Específicamente, este estudio destaca el crecimiento de la proporción de octogenarios, que ya representan el 6,1% de toda la población, muchos de ellos con «unos ingresos mayoritariamente próximos al umbral de pobreza»¹⁰.

A. VAQUER ALOY, *Libertad de testar y libertad para testar*, Biblioteca de Derecho Privado, ediciones Olejnik, Argentina, 2018; A. BARRIO GALLARDO, “El ocaso de las legítimas largas”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUEN URRIZA, (dir.), J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019; A. VAQUER ALOY, “El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. III.

³ A. BARRIO GALLARDO: *Autonomía privada y matrimonio*, editorial REUS, Madrid, 2016, p. 200.

⁴ J. COSTA MARTÍNEZ: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, vol.1, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp.53 y ss.

⁵ A. BARRIO GALLARDO, “El ocaso de las legítimas largas”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dirigido por CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUREN URRIZA), Aranzadi, Madrid, 2019, pp.306 y ss.

⁶ F. GOMÁ LANZÓN.; “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (coord. por Valero Fernández-Reyes, Pérez-Coca Crespo, Pérez Gallardo), Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), Vol. 1, 2013, p. 567.

⁷ J. M. GARCÍA GONZÁLEZ, «¿Por qué vivimos más? Descomposición por causa de la esperanza de vida española de 1980 a 2009», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 148, 2014, págs. 39-60.

⁸ Datos del Instituto Nacional de Estadística consultados en junio de 2021. El aumento de la mortalidad que trajo consigo la pandemia mundial de COVID-19 provocó que la esperanza de vida al nacimiento disminuyera en 1,24 años en 2020, pero se prevé que mejore en 2021: https://www.ine.es/prensa/mnp_2020_p.pdf “Por sexo, el descenso fue mayor en los hombres (la esperanza de vida al nacimiento bajó 1,26 años hasta 79,60), que en las mujeres (con una reducción de 1,15 años, hasta 85,07)”.

⁹ “Un perfil de las personas mayores en España, 2020 Indicadores estadísticos básicos”, *Envejecimiento en red*, Número 25, marzo 2020, <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf>

¹⁰ En 2018, el importe medio de la pensión de jubilación (la clase más numerosa) en España se situaba en 1.091 euros/mes. Según este informe “los mayores tienen unos ingresos mayoritariamente próximos al umbral de pobreza, situándose por encima o debajo según aumente o disminuya este umbral”: “Un perfil de las personas mayores en España, 2020 Indicadores estadísticos básicos”, *Envejecimiento en red*, Número 25, marzo 2020, <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf>

En la otra cara de la moneda, destacan los datos de la riqueza neta en España por edad del cabeza de familia¹¹, resultando que el punto máximo de riqueza en los hogares se alcanza entre los cincuenta y cinco y sesenta y cuatro años, precisamente el momento en el que el descendiente legitimario suele recibir su herencia.

7. En este contexto, en el que el vínculo matrimonial se basa en la *affectio maritalis*, es muy frecuente en la *praxis* jurídica que el testador trate de proteger al cónyuge supérstite intentando, al menos, garantizarle la posibilidad de vivir hasta su muerte en la que ha sido su vivienda habitual, ya sea privativa del difunto o ganancial¹². El problema fundamental, sin embargo, es que en muchas ocasiones esto no es posible, pues en España la legítima reservada a los descendientes tiene una cuantía excesiva -dos tercios de la herencia-, mientras la vivienda familiar representa un 43,3% del valor de los activos totales -incluyendo los financieros, como el dinero en la cuenta bancaria- del patrimonio de los hogares, según los datos publicados por el Banco de España en el año 2017¹³.

8. Es por esta razón que, considerando las sustanciales transformaciones sociales y económicas que han tenido lugar en los últimos años y teniendo en cuenta el fundamento del *affectio maritalis* como pilar de la concesión de derechos sucesorios al cónyuge viudo, la doctrina española más reciente viene siendo partidaria de establecer nuevos derechos a favor del supérstite¹⁴, destacando propuestas que se centran, primordialmente, en concederle *-ex lege-* derechos de usufructo o uso y habitación, sobre la vivienda familiar.

III. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en España

9. En palabras de DÍAZ ALABART¹⁵, «en el derecho de sucesiones (español) el cónyuge (...) siempre ha sido el peor tratado sin que haya una razón objetiva que lo justifique y sin que se corresponda con la realidad social»¹⁶. Como señala CALATAYUD SIERRA¹⁷, la cuestión acerca de qué derechos conceder al cónyuge viudo es «especialmente difícil» y compleja, ya que pueden darse situaciones muy dispares y habría que tener en cuenta, en cada caso, la situación del supérstite y/o el régimen económico matrimonial que ha estado vigente hasta la muerte del causante.

10. Es sabido que la legítima del cónyuge viudo en España consiste en una cuota usufructuaria que variará según concurra a la herencia con descendientes -en este caso será el usufructo del tercio destinado a mejora-, con ascendientes -recibirá el usufructo de la mitad del caudal-, o solo, en cuyo caso tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia¹⁸.

¹¹ Datos recogidos por el Banco de España. Presentación de los principales resultados de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce191219.pdf>

¹² En el supuesto de que el régimen económico matrimonial sea la sociedad de gananciales, si la vivienda es el principal bien del patrimonio, algo que ocurre con relativa frecuencia como apunta con los datos estadísticos, el problema es el mismo que si la vivienda fuera privativa de difunto ya que, de entrada, sólo corresponde al supérstite la mitad de dicho inmueble, siendo complicado que pueda adjudicarse la otra mitad por la elevada cuantía de la legítima de los descendientes.

¹³ Presentación de los principales resultados de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce191219.pdf>

¹⁴ En este sentido, entre otros, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, “Legítima material y legítima formal”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tomo 49, 2009, p. 499.

¹⁵ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias en el derecho sucesorio español”, en *Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones*, L. B. PÉREZ GALLARDO, ed. Ibáñez (Grupo editorial Ibáñez), Colombia, 2019, p. 198.

¹⁶ “(...) y no solamente en el ámbito de las legítimas. En la sucesión intestada también ha sucedido igual”: S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias”, ob. cit., p. 198.

¹⁷ A. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, Academia de Sevilla del Notariado. Tomo IX, ed. Edersa, Madrid, 1996.

¹⁸ Artículos 834, 837 y 838 del Código Civil español.

11. Acerca del fundamento de esta clase de legítima, sin poder abordarlo en profundidad por la naturaleza del trabajo, baste decir que si en su origen se encontraba en la voluntad de garantizar al cónyuge una posición cómoda y digna en el hogar doméstico¹⁹, en la realidad social actual la justificación para la concesión de esta clase de derechos al cónyuge superviviente parte del principio de la *affectio maritalis* como interés subyacente y se concreta en asegurarle la posibilidad de continuar viviendo en su residencia habitual²⁰, teniendo en cuenta asimismo su papel como «elemento aglutinador del grupo familiar»²¹. Además, mientras algunos autores opinan que el fundamento de la legítima del cónyuge viudo es «predominantemente asistencial»²², otros ponen en valor el hecho de que la posición económica del matrimonio suele ser fruto del esfuerzo común²³.

12. Atendiendo a la práctica notarial española, con la expresión popular «del uno para el otro y después para los hijos» –técnicamente incorrecta²⁴, no obstante- se conoce el testamento más común hoy en día en España. Como explica el Consejo General del Notariado en su página web, la voluntad más frecuentemente manifestada por los matrimonios para después de su muerte es aquella en la que cada uno se deja al otro el usufructo y nombran herederos a los hijos. De esta forma, el notario es testigo del deseo del testador de proteger al superviviente y dejarle todo lo posible para que su calidad de vida no pueda verse mermada en el futuro. Esto se concreta mediante la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal en combinación con la *cautela socini*, que puede reforzarse con el recurso a la facultad de distribución y mejora regulada en el artículo 831 del Código Civil español²⁵. No obstante, en caso de legitimarios «díscolos» –que no mantienen relación con el causante y su cónyuge- estos instrumentos pueden devenir ineficaces, dada la sobreprotección excesiva que otorga nuestro ordenamiento jurídico a los descendientes²⁶. Es por esta razón que en la doctrina española se van sucediendo diferentes propues-

¹⁹ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, Imprenta de la Revista de la legislación, 1911, Madrid, pp. 439 y ss.; GARCÍA GOYENA, en *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974, Apéndice núm. 11.

²⁰ M. PEREÑA VICENTE, en “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español”, *La Ley Derecho de Familia*, nº22, abril-junio, Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio, 2019, pp. 59 y ss: “los derechos que se le pueden atribuir (al cónyuge viudo) sin entrar en conflicto con otros herederos, ya sea por vía intestada o testada, son insuficientes para conseguir la que, creemos nosotros, debe ser una de las finalidades de la mejora de la protección sucesoria del cónyuge viudo que no es otra que asegurarle que podrá continuar viviendo en su propia casa tras la muerte de su cónyuge”.

²¹ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias...”, ob.cit., pp. 195 y ss.

²² J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006, p. 120. En el mismo sentido, un informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio*, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio> (última consulta: febrero de 2020)

²³ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias...”, ob.cit., pp. 195 y ss; A. VAQUER ALOY, “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, *La libertad de testar y sus límites*, A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, 2018, p. 79.

²⁴ Es técnicamente incorrecta ya que, en España, por la institución de legítima, que reserva una cuota de la herencia a los descendientes o, a falta de éstos, a los ascendientes, no es posible disponer de todo el patrimonio a favor del cónyuge superviviente. Lo más parecido y a lo que hace referencia la expresión “del uno para el otro y después para los hijos” es la posibilidad de dejar el usufructo universal al viudo recurriendo a la institución de la cautela socini, cláusula de opción compensatoria que otorga a los legitimarios que ven su legítima gravada por el usufructo la posibilidad de elegir entre aceptar el usufructo universal y recibir a cambio más de lo que por legítima les corresponde o, por el contrario, no admitir el gravamen y conformarse con la legítima estricta que la ley les reserva.

²⁵ Hago referencia a esta cuestión en mi trabajo sobre el “Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código Civil español”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 796-817, http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/27_M%C2%AA_Patricia_Vives_pp_796-817.pdf

²⁶ Téngase en cuenta que, aunque se establezca una cautela socini, el usufructo universal devendrá ineficaz si todos los legitimarios lo rechazan, en cuyo caso dos tercios de la herencia irán a pasar a éstos necesariamente. Piénsese también que cada vez son más los padres que quieren privar a los hijos de su legítima, la mayoría de ellos por falta de relación familiar. No obstante, a pesar de haberse generalizado el recurso a la desheredación, no es tan sencillo desheredar por mera falta de trato y en la mayor parte de supuestos lo normal es que el testador deje al legitimario díscolo únicamente su legítima estricta. Si en esta clase de testamento el testador impone una cautela socini será complicado que pueda llegar a aplicarse esta cláusula, pues al recibir el díscolo únicamente lo que por legítima estricta le corresponde, se pierde el incentivo propio de la cautela socini, esto es, que a cambio de respetar el usufructo universal el testador deje al legitimario más de lo que le corresponde por ley.

tas, con el objeto de atender al deseo del testador de conceder una mayor protección y tutela jurídica al cónyuge supérstite, en ocasiones incluso en detrimento de los hijos²⁷.

Por ejemplo, reflejo del deseo del testador de proteger al cónyuge supérstite es la encuesta que REBOLLEDO VARELA dirigió en los años 2008 y 2009 a los notarios españoles en activo, pertenecientes a los Colegios Notariales que aplicaban la legislación del Código Civil. Entre otras preguntas, planteó si cabía apreciar la pretensión de favorecer económicamente al viudo más allá de lo permitido por las normas protectoras de las legítimas, así como si se podía considerar que existía un interés en reforzar la posición económica del supérstite para que continuara manteniendo la dirección familiar, retrasando hasta su fallecimiento la efectiva transmisión sucesoria a los hijos. Los resultados fueron significativos, pues un 93% de los participantes en la encuesta manifestó una postura favorable a ambas cuestiones²⁸.

13. En cualquier caso, resulta evidente que en el contexto socioeconómico que hemos descrito la legítima que el ordenamiento jurídico español otorga al cónyuge viudo, que puede llegar a encontrarse a la muerte del causante desprotegido, en una situación delicada y vulnerable, es insuficiente²⁹. No sólo esto sino que, debido a la elevada cuantía de la legítima de los descendientes -dos tercios de la herencia-, es complicado que el testador pueda garantizar a su cónyuge siquiera su vivienda habitual, dependiendo esto último, en muchas ocasiones, de la «buena voluntad de los herederos»³⁰. Además, si defendemos que el fundamento del actual sistema legitimario puede residir en el principio de solidaridad familiar³¹, la esperada reforma legislativa en este ámbito quizás debiera ir encaminada a mejorar los derechos sucesorios del viudo, habida cuenta de la elevada esperanza de vida y la potencial situación de necesidad del cónyuge ante la muerte del causante³².

14. Así, tomando en consideración todo lo expuesto, nos centraremos a continuación en la experiencia italiana -que creemos es importante analizar- de cara a plantear una futura reforma de nuestro derecho sucesorio que pueda dotar de una mayor flexibilidad a la libertad de disponer del causante, a la par que proteger y fortalecer la posición del cónyuge supérstite.

IV. Una perspectiva comparada desde el Derecho italiano

1. El fortalecimiento de la posición del cónyuge supérstite a partir de la reforma del Derecho italiano de 1975

15. En Italia, antes de la reforma del Derecho de familia del año 1975 se le reservaba al cónyuge, como legitimario, una porción del patrimonio del causante en usufructo, de cuantía variable según con-

²⁷ P. DE BARRÓN ARNICHES, “La libertad de testar en la tercera edad y el instituto de la desheredación”, *Nuovo Diritto Civile*, núm. 1, 2017, p. 255.

²⁸ A. L. REBOLLEDO VARELA, “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, A. L. REBOLLEDO VARELA, (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 31-33.

²⁹ V. MAGARIÑOS BLANCO, “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, nº9-10, septiembre-octubre, 2005, p. 23: La legítima “se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez (...) sirviendo de substrato económico para que la persona pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte”; “La legítima hoy (...) constituye una causa de desprotección familiar: de una parte de la familia, que son los padres (...)”

³⁰ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión «mortis causa» de la familia recompuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi civil-mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 50-56.

³¹ Así lo defienden autores como M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, pp.181-182; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, p. 112; A. CAÑIZARES LASO, “Legítimas y libertad de testar”, en DOMÍNGUEZ LUELMO/ GARCÍA RUBIO (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 267; E. ARROYO I AMAYUELAS, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, Barcelona, enero 2010, p. 6.

³² A. VAQUER ALOY, “Derecho a la legítima...”, ob. cit., p. 79.

curriera a la herencia como único legitimario, con descendientes o ascendientes: «*A favore del coniuge è riservato l'usufrutto di due terzi del patrimonio dell'altro coniuge, salvi quanto è disposto dagli articoli 542, 543, 544 e 546 per i casi di concorso*»³³.

16. El legislador reguló de esta forma un sistema bastante similar al de otros ordenamientos vecinos, como el francés o el español, con la especialidad de que la legítima del viudo no consistía en una cuota fija según la clase de legitimarios con quienes concurría a la herencia -descendientes o ascendientes-, sino variable en función del número de hijos del causante. Además, en lo referente a su naturaleza jurídica, la legítima italiana fue regulada -y así se ha mantenido en la actualidad- como una *pars valoris bonorum*³⁴, no una *pars hereditatis*, lo que tiene como principal consecuencia que el cónyuge superviviente, aunque legitimario, no es heredero, y como tal, no debe hacer frente a las deudas de la herencia.

17. No obstante, ha de indicarse que antes de la ley de 1975 la regulación de la legítima del cónyuge viudo como una cuota usufructuaria no fue una cuestión pacífica para el legislador, que se planteó la posibilidad de reconocer al superviviente, a falta de descendientes y ascendientes, una porción de la herencia en plena propiedad. Finalmente, en contra de esta propuesta se argumentó que el usufructo permitía garantizar al cónyuge viudo un sustento suficiente, al mismo tiempo que favorecía el traspaso de los bienes hereditarios de una generación a otra³⁵.

Ha de recordarse que en la primitiva regulación del Código civil italiano de 1942 imperaba una concepción de la familia según la cual ésta era la formada exclusivamente por quienes compartían un vínculo de sangre, de tal forma que el cónyuge era considerado un «extraño» y como tal no tenía derecho a recibir, en ningún caso, la plena propiedad de una parte del patrimonio del difunto, ante el riesgo de fragmentación de dicho patrimonio o, incluso ante el peligro de enriquecer a otra unidad familiar³⁶: «*la quota di riserva, dunque, era costituita semplicemente da un diritto di usufrutto: tale soluzione si spiegava con l'esigenza di garantire al superstite il mantenimento di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza matrimonio, evitando però il passaggio del patrimonio da un gruppo familiare all'altro o la sua dispersione in caso di passaggio a nuove nozze del superstite*»³⁷. Quizás es ésta la idea que subyace en el fondo de otras legislaciones como, por ejemplo, la española, que todavía hoy no reserva al superviviente una cuota de legítima en plena propiedad.

18. Lo cierto es que la ley italiana del 19 de mayo de 1975 de reforma del Derecho de Familia ha supuesto una modificación legislativa de hondo calado en el ordenamiento sucesorio italiano, en la que

³³ Artículo 540 Codice Civile italiano, antes de la reforma legislativa de 1975.

³⁴ En general, para la mayor parte de la doctrina italiana la legítima es una *pars valoris bonorum*. En este sentido, V. BARBA hace una distinción entre la legítima como *pars hereditatis* regulada en otros ordenamientos jurídicos, cuya función prevalente es la de asegurar al legitimario la adquisición de la cualidad de heredero, y la legítima como *pars valoris bonorum*, que garantiza al legitimario la percepción de una atribución patrimonial mínima -que podrá ser satisfecha con bienes de la herencia o incluso a través de donaciones hechas en vida- con independencia de que ostente o no la condición de heredero, tal y como se regula por el Derecho italiano. V. BARBA, en “La sucesión de los legitimarios en Italia: Principios, problemas y propuestas”, en *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, V. BARBA, (dir.), L. B. PÉREZ GALLARDO, (dir.), ediciones Olejnik, Argentina, 2021, pp. 76-89. En definitiva, la legítima como *pars valoris bonorum* significa que el legitimario tendrá a su favor un derecho de crédito contra la herencia, que estará garantizado con una afección real de los bienes hereditarios.

En contra de esta postura algún autor sostiene que la legítima italiana es una *pars bonorum*: L. FERRI, *Commentario del Codice Civile* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, Libro secondo- Delle successioni, Bologna, 1971, pp.30-34: “l'usufrutto del coniuge legittimario non è usufrutto di quota di eredità, ma di una *pars bonorum*”.

³⁵ L. FERRI, *Commentario...*, ob. cit., pp.30-34: “*si osservò, contro tale proposta, che in tal modo si finiva per favorire un passaggio di beni da un gruppo familiare ad un altro, mentre la giusta esigenza di assicurare al coniuge un sufficiente sostentamento doveva ritenersi normalmente raggiunta con la sola assegnazione dell'usufrutto, che permette al coniuge di beneficiare delle rendite, senza incidere sulla proprietà dei beni*”.

³⁶ L. AGOSTARA, “Sucesión mortis causa e reserva a favore del coniuge del diritto di abitazione sulla casa familiare”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 507 y ss; C. COPPOLA, “I diritti d'abitazione e d'uso spettanti ex lege”, *Tratato di diritto delle successioni e donazioni*, t. III, *La successione legittima*, BONILINI (dir.), Giuffrè editore, pp. 101 y ss.

³⁷ N. CIPRIANI, “Sucesión necesaria e conflitti di interessi nella evoluzione del modelli familiari”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, t. III, 2-2017, p. 407.

uno de sus principios informadores ha sido otorgar una mayor protección y tutela a los derechos del cónyuge viudo. Para algunos autores, sin embargo, esta mejora en la posición del superviviente resulta excesiva, en cuanto ha afectado a principios esenciales del derecho sucesorio, como mencionaremos más adelante³⁸.

19. La reforma en cuestión incorpora una nueva concepción de la familia, en la que el cónyuge ocupa un lugar preminente y contribuye a la formación del patrimonio familiar³⁹. Partiendo de esta base se logra el esperado fortalecimiento de los derechos del cónyuge viudo a través de dos instrumentos: una cuota legitimaria en plena propiedad, y un derecho de habitación y uso sobre la vivienda familiar y los bienes muebles de uso ordinario en la familia.

20. MENGONI⁴⁰ sitúa el fundamento de esta reforma legislativa en el deseo de proteger el bienestar -tanto físico como psíquico- del cónyuge viudo, ante una potencial situación de desamparo. La razón de ser de esta nueva regulación se encuentra, por tanto, no sólo en garantizar al superviviente un sustento suficiente -aspecto patrimonial⁴¹- sino en procurarle el goce del mismo nivel de vida anterior, «*del godimento del medesimo ambiente in cui si era svolta la vita familiare*»⁴², así como en tratar de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias «psicológicas»⁴³ que podrían derivarse de la muerte del causante⁴⁴. Siguiendo esta idea se ha pronunciado la Corte di Cassazione⁴⁵: «*essendo i detti diritti finalizzati a dare tutela, sul piano patrimoniale e su quello etico-sentimentale, al coniuge, evitandogli i danni che la ricerca di un nuovo alloggio cagionerebbe alla stabilità delle abitudini di vita della persona*»⁴⁶.

21. Con todo, conviene advertir que esta reforma está siendo bastante criticada por la doctrina, incluso la que había sido partidaria de ella en un primer momento⁴⁷. Además, como ilustraremos con posterioridad, el nuevo artículo 540 del Código Civil italiano prevé que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar puedan conferirse al viudo incluso detrimento de otros familiares⁴⁸, medida que, a juicio de algunos autores, se antoja excesivamente favorable al cónyuge⁴⁹.

³⁸ A. GARGANO, “Il coniuge superstite, ¿un erede scomodo?”, *Rivista Notariato*, 1980, III, pp. 1622 y ss: hace énfasis en la violación del principio de la intangibilidad de la legítima de los descendientes que puede traer consigo el legado del derecho de habitación del nuevo art. 540 CC italiano.

³⁹ C. COPPOLA,, “I diritti d’abitazione...”, ob. cit., pp. 101 y ss.: “*Con la Novella del 1975, si realizzarono, finalmente, le aspettative di quella ormai compatta dottrina que già da tempo auspicava un adeguamento, anche della materia successoria, all’ nuova concezione della famiglia: non più la grande, ma la piccola famiglia, intesa come núcleo sociale primitivo, in cui il coniuge viene ad assumere un ruolo preminente ed in cui deve essere valorizzato il suo contributo lavorativo all’ incremento del patrimonio*”.

⁴⁰ L. MENGONI, “Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima”, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, CICU E MESSINEO, p. 166.

⁴¹ “*La finalità della norma è, comunque, anche di natura económica*”: FERRARI, “Appunto sugli aspetti sucesorio della reforma del diritto di famiglia”, in *Diritto di Famiglia e delle personae*, 1978, p. 1357.

⁴² GAMBARDELLA, “I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva”, *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 692: “*si individua, esattamente, la ratio della citata disposizione nella tutela di esigenze etiche, morali e sentimentali che esigono la conservazione, al coniuge superstite, del godimento del medesimo ambiente in cui si era svolta la vita familiare*”.

⁴³ “*Gli interpreti hanno raggiunto una sostanziale unità di vedute, ristringendo generalmente la ratio dell’ istituto nell’ intento di tutelare il coniuge, non tanto, o quanto meno non solo, sotto l’ aspetto patrimoniale, quanto, soprattutto, sotto quello ético e sentimentale, nella convizione che la ricerca di un nuovo alloggio potrebbe, altrimenti, essere fonte di un grave danno, psicologico e materiale, per la stabilità di vita e di abitudini della persona*”: C. COPPOLA, “I diritti...”, ob. cit., pp. 104 y ss

⁴⁴ “*le ragioni che hanno indotto il legislatore in questa scelta riposano sulla presunta esigenza di tutelare lo stato di benessere fisico e psichico del coniuge (...) il quale potrebbe essere alterato dall’ abandono della casa in cui ebbe a vivere con il proprio compagno di una vita o dall’ idea di doversi distaccare dal luogo e dalle cose*”: V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Edizioni Schientifiche Italiane, 2020, p. 72.

⁴⁵ La Corte de Cassazione italiana equivale al Tribunal Supremo español.

⁴⁶ Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 2754 del 5 febbraio 2018.

⁴⁷ L. MENGONI, “Successioni per...”, ob. cit., pp. 148 y ss.

⁴⁸ E. BELLISARIO, “Successione necesaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto trta figli e nuevo coniuge del de cuius”, *Rassegna di Diritto Civile*, ed. Scientifiche Italiane, 1-2017, pp. 318 y ss., “*queste scelte pro-coniuge, già di per sé ritenute eccessive, rilevano un squilibrio ancor più marcato, tutto a scapito dei figli della prima unione, nel caso di successive nozze- per vedovanza o per divorcio- del de cuius*”

⁴⁹ V. BARBA, “El legado ex lege de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el derecho italiano”, en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, GARCÍA MAYO, M. (dir.), ed. Bosch, 2020, pp. 356 y ss.

2. Una legítima en plena propiedad

22. Como se ha explicado en el epígrafe anterior, a partir de la reforma de 1975 la ley italiana reserva al cónyuge viudo una cuota de la herencia en plena propiedad, variable, en función del número y clase de legitimarios con quienes concurra a la herencia.

Así, de acuerdo con los artículos 540 y siguientes del Código Civil italiano, si el cónyuge viudo es llamado como único legitimario a la herencia del causante, su legítima consistirá en la mitad del haber hereditario, siendo la otra mitad de libre disposición. Por el contrario, si concurre con un solo hijo, su cuota legitimaria será de un tercio, otro tercio corresponderá al hijo y el restante será de libre disposición; en el supuesto de que concurra con dos o más hijos, la legítima del cónyuge se verá reducida a una cuarta parte del haber hereditario, siendo la legítima de los hijos de dos cuartos y el cuarto restante de libre disposición. Por último, si el cónyuge sin hijos fuera llamado a la herencia únicamente con ascendientes, su cuota de legítima consistiría en la mitad del caudal, correspondiendo a los ascendientes un cuarto y quedando el último cuarto de libre disposición⁵⁰.

23. Es indudable que el reconocimiento al cónyuge viudo de una legítima en plena propiedad contribuye a mejorar su situación jurídica a la muerte del causante, frente al usufructo *more uxorio* a que tenía derecho en la legislación anterior: *«in precedenza, infatti, la posizione successoria del coniuge risultava palesemente subordinata rispetto a quella dei discendenti (...) la posizione del coniuge fosse tutelata in maniera del tutto marginale»*⁵¹.

24. En este sentido algunos autores destacan que, a través de la reforma, el legislador ha pretendido equiparar los derechos sucesorios del supérstite a los de otros familiares, especialmente hijos y descendientes⁵². Concretamente, CIPRIANI propone que la razón de ser de la reforma podría encontrarse en la necesidad de protección de la mujer, tradicionalmente en una situación más débil y a quien podía afectar en mayor medida la muerte del causante⁵³. Ciertamente, la legítima en plena propiedad fortalece la posición del cónyuge supérstite, pues puede disponer libremente de su cuota de legítima sin depender de otros parientes del causante, situándose de esta forma en una posición de igualdad respecto de otros legitimarios -particularmente los descendientes- tradicionalmente más favorecidos por la ley. En contra, esta facultad de disponer libremente podría dar lugar, potencialmente, a situaciones injustas si los bienes adjudicados en propiedad al cónyuge viudo son de procedencia familiar, con el consiguiente peligro de que acabaran en manos de extraños. En España este argumento no ha perdido fuerza y la mayor parte de propuestas están encaminadas a tratar de garantizar al supérstite su vivienda habitual a través de un derecho de usufructo vitalicio, siendo minoritarios, en cambio, los partidarios de concederle una legítima en plena propiedad⁵⁴.

25. Por otro lado y a salvo de los bienes de procedencia familiar, en el contexto socioeconómico actual -que antes comentábamos- en el que la situación económica del matrimonio suele ser el resultado de un esfuerzo común⁵⁵, parece lógico que el supérstite pueda recibir del causante tales bienes en plena propiedad y no en usufructo.

⁵⁰ Artículos 540.1 (sólo el cónyuge); 542. 1 y 2 (el cónyuge con uno o varios hijos); 544.1 (el cónyuge con ascendientes) del Código Civil italiano.

⁵¹ N. CIPRIANI, "Successione necessaria...", ob. cit., p. 406.

⁵² *«Il trattamento assai più favorevole riconosciuto al coniuge supérstite (...) con l'attribuzione di una rilevante quota in proprietà e con la coerente abolizione dell'usufrutto uxorio; in definitiva, con una sostanziale equiparazione della posizione ereditaria del coniuge a quella dei figli»*; *«una sostanziale uguaglianza patrimoniale dunque tra tutti i componenti della famiglia che non poteva non protrarsi anche oltre la morte di uno dei coniugi»*: P. FORCHIELLI, "Aspetti sucesori della riforma del diritto di famiglia" *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 1013 y ss.

⁵³ N. CIPRIANI, "Successione necessaria...", ob. cit., p. 407: *«le ragioni di questa svolta sono ben note: l'esigenza di riconoscere una posizione più favorevole al coniuge si inserisce soprattutto in una prospettiva di valorizzazione e tutela della posizione della donna che, essendo tradizionalmente il coniuge economicamente debole, era anche quello per il quale la vicenda successoria poteva avere le conseguenze più negative»*.

⁵⁴ J. DELGADO ECHEVARRÍA, "Una propuesta...", ob. cit., pp. 120 y ss.

⁵⁵ S. DÍAZ ALABART, "Últimas tendencias...", ob.cit., pp. 195 y ss.

26. Finalmente, es conveniente no perder de vista que conferir una legítima en plena propiedad al cónyuge superviviente podría implicar la necesidad de incrementar la cuantía de la legítima, por lo que en última instancia acabaríamos limitando la autonomía de la voluntad del causante. En Italia, por ejemplo, vemos que en caso de que concurren a la herencia un hijo y el cónyuge, la ley reserva a cada uno un tercio del haber, por lo que el causante sólo podrá disponer libremente del tercio restante. Si concurren dos o más hijos a la herencia junto al cónyuge, la restricción es aún mayor, ya que en este caso sólo una cuarta parte de la masa hereditaria será de libre disposición.

27. Tomando en consideración todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

Primero, la reserva necesaria por la ley de una parte de la herencia en plena propiedad a favor del cónyuge viudo, al añadirse a la correspondiente a los descendientes, no sólo no aumenta, sino que restringe fuertemente la autonomía de la voluntad del testador, ya que la parte de la herencia de que puede disponer libremente el causante se reduce.

Segundo, si bien este precepto presenta ciertos beneficios como la mejora de la posición jurídica del cónyuge viudo a la muerte del causante o su equiparación a los descendientes -tradicionalmente más protegidos por el legislador-, este aparente progreso se produce a costa de una disminución de la libertad de testar, algo que no está en consonancia con la realidad social que nos rodea.

Finalmente, aunque es una clara ventaja a favor del viudo la facultad de disponer de su legítima libremente al haberla recibido en plena propiedad y no en usufructo, esto puede dar lugar a situaciones injustas cuando los bienes de que se dispone son de procedencia familiar.

3. El legado del derecho de habitación a favor del cónyuge superviviente

28. Como complemento a la reserva de una legítima en plena propiedad a favor del viudo, el legislador da un paso más y le confiere a través del art. 540, apartado segundo, un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y un derecho de uso sobre los bienes muebles que se encuentren dentro de ella, como forma de garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual mientras viva⁵⁶. Esta última figura conviene estudiarla con detenimiento, ya que ha dado lugar a importantes problemas interpretativos que, en opinión de algunos autores, no han terminado de resolverse de forma adecuada, siendo el resultado global «insatisfactorio»⁵⁷ y, en ocasiones, limitativo de la autonomía de la voluntad del testador.

29. El nuevo artículo 540 del Código Civil italiano establece en su apartado segundo:

«Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli».

El precepto reformado por la ley de 1975 regula una atribución patrimonial que, como veremos a continuación, se confiere al cónyuge viudo con independencia de su legítima y otros derechos sucesorios que puedan corresponderle en la herencia del causante. Aunque algunos autores han considerado estos derechos concedidos al cónyuge superviviente como derechos de naturaleza personal, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina es preferible tratarlos como auténticos derechos reales⁵⁸.

⁵⁶ BELLANTONI PONTORIERI, *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 337: lo scopo è di evitare che il coniuge superstite “sia buttato fuori dall’abitazione in cui ha convissuto con il defunto”.

⁵⁷ V. BARBA, “El legado...”, ob. cit., pp. 355 y ss.

⁵⁸ V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., p. 73. Ha de tenerse en cuenta que en Italia los derechos reales son numerus clausus, razón por la cual el hecho de que la ley no haga mención a los derechos de uso y habitación del art. 540 como derechos reales -aunque así los considere la doctrina- ocasiona ciertos problemas. Especialmente se plantea el problema de cómo realizar la inscripción en el Registro de esta clase de derechos, que es obligatoria. V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., pp. 73 y ss. (nota 122); MASCHERONI, “Art. 540”, in *Comm. C.c.. Delle successioni. Artt. 456-564*, GABRIELLI, E. (dir.), Torino, 2009, p. 572.

30. MENGONI ha definido el derecho de habitación del artículo 540.II del *codice civile italiano* como una sucesión basada en una «vocación anómala»⁵⁹. En general, parece existir cierto consenso en la doctrina italiana acerca de su naturaleza jurídica de disposición a título particular o legado⁶⁰. En efecto, consiste en una atribución patrimonial de derechos, de habitación y de uso, que recaen sobre unos bienes concretos y determinados -la vivienda familiar y los bienes muebles que se encuentren dentro de ella- con la especialidad de que, a falta de una previsión testamentaria en este sentido, se adquirirán *ex lege*, por ministerio de la ley⁶¹. En este sentido se ha pronunciado la Corte di Cassazione: «*Il diritto di abitazione, riservato dall'art. 540, secondo comma, c.c. al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare, si configura come un legato "ex lege", che viene acquisito immediatamente da detto coniuge, (...) al momento dell'apertura della successione*»⁶².

31. Como es sabido, la naturaleza de legado implica, entre otras consecuencias, que el cónyuge viudo tendrá la facultad de recibir estos derechos sin necesidad de aceptación⁶³ -en el momento de la apertura de la sucesión- aunque renuncie a la herencia⁶⁴, y le corresponderán tanto si se trata de una sucesión testada como *ab intestato*⁶⁵.

32. No obstante, algún autor⁶⁶ ha apuntado que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar podrían consistir, en realidad, en un prelegado, con las consecuencias y problemas que pueden derivarse de ello, especialmente en el ámbito de la sucesión intestada, como estudiaremos más adelante. A favor de la naturaleza jurídica de prelegado se ha pronunciado la Sentencia de Casación en Secciones Unidas del 27 de febrero de 2013⁶⁷ -que comentaremos en próximos epígrafes- fuertemente criticada por la doctrina⁶⁸.

A) Problemas de interpretación del artículo 540. II

33. Si bien el legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual introducido por la ley de 1975, con carácter general, ha supuesto una mejora de la posición del cónyuge viudo, es una institución que no está exenta de problemas. A continuación señalaremos, a modo ilustrativo, los más relevantes.

⁵⁹ L. MENGONI, "Successioni per...", ob. cit., p. 165.

⁶⁰ G. VICARI, "I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, p. 1314: "lo strumento giuridico che ci appare più idoneo alla funzione assegnatagli dal legislatore è il legato"; A. RAVAZZONI, "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè editore, Milano, 1978, p. 230: «*si tratta, quindi, di un legato che, quando non derivi espressamente da una specifica disposizione testamentaria, deriva direttamente dalla legge; ed, al proposito, si suole parlare di legato ex lege*».

⁶¹ A. MASCHERONI, "Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite" in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 635.

⁶² *Cassazione civile*, Sez. II, sentenza n. 6625 del 30 aprile 2012.

⁶³ "La successione a titolo particolare implica l'acquisto del legato immediatamente all'apertura della successione, mentre la quota di eredità viene acquistata dal coniuge superstite solo con l'accettazione": E. PEREGO, "I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Rassegna di Diritto civile*, Edizione Scientifiche Italiane, 1980, p. 714.

⁶⁴ G. VICARI, "I diritti...", ob. cit., pp. 1321-1323: "ci sembra di poter concludere che il coniuge superstite può rinunciare all'eredità ma ritenere il legato ex lege «internamente»"

⁶⁵ E. PEREGO, "I presupposti...", ob. Cit., p. 714: "il coniuge può anche rinunciare alla eredità e conseguire i diritti d'uso e abitazione (...)"

⁶⁶ A. RAVAZZONI, "I diritti...", ob. cit., pp. 233 y ss: "Ritengo, inoltre, trattarsi di prelegato (...) Risulta con molta evidenza dalla disposizione in esame, l'intenzione legislativa di attribuire carattere preferenziale a questa atribuzione a titolo particolare; ed invero, essa è perfettamente in linea con l'art. 558 c.c.. Carattere preferenziale che, secondo una certa doctrina e parte della giurisprudenza, sarebbe proprio, in linea di principio, di ogni prelegato".

⁶⁷ Cass., SS.UU., 27 de febrero de 2013, n. 4847, en *Leggi d'Italia*.

⁶⁸ V. BARBA, "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1.779 y ss.

a) Legado no imputable a la legítima del cónyuge viudo

34. Si atendemos a la literalidad del artículo 540.II, nos daremos cuenta de que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario en la familia se imputan, en primer lugar, a la cuota de libre disposición: «*Tali diritti gravano sulla porzione disponibile*». Esto significa que el cónyuge viudo recibirá el legado además de su legítima y, solamente cuando la cuota disponible no fuera suficiente, la norma continúa diciendo que se imputará «*per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli*».

En otras palabras, el legislador ha pretendido conferir estos derechos de habitación y de uso al cónyuge viudo con independencia de la cuota de legítima que le reserva la ley, que se verá incrementada cuantitativamente por el valor de aquellos. Para que esto sea posible, ha sido necesario establecer un mecanismo de reducción de las restantes cuotas de la herencia a través de una serie de alternativas, subsidiarias unas de otras, de tal manera que el valor de los derechos de uso y habitación se imputará, en primer lugar, a la porción disponible y, sólo si ésta no fuera suficiente, a la legítima viudal y, por último, a la cuota reservada a los descendientes⁶⁹.

35. En virtud de lo expuesto se hace patente el carácter excepcional de este nuevo precepto en relación con el principio de intangibilidad –cuantitativa y cualitativa– de la legítima, base del derecho sucesorio italiano. No obstante, paradójicamente, la afectación de este principio fundamental no sólo no incrementa la autonomía de la voluntad del causante, sino que puede llegar a reducirla o suprimirla.

36. Así, con la expresión «*qualora questa non sia sufficiente*» la norma prevé la posibilidad de que pueda llegar a desaparecer la cuota de la herencia de libre disposición. Ciertamente, el legislador admite, en favor del cónyuge viudo y en detrimento de otros posibles herederos, que el testador pueda ver completamente anulada su autonomía de la voluntad, quedando obligado a dejar por testamento únicamente las legítimas que correspondan, ya que los derechos de habitación y de uso podrán llegar a «agotar» la porción disponible por testamento. En el contexto socioeconómico actual –que antes comentábamos– no deberíamos admitir que se prive al causante de su facultad de disponer, aunque sea en beneficio del cónyuge supérstite.

37. Por otro lado, los derechos de uso y habitación podrán gravar la legítima de los descendientes, algo insólito en el Derecho español –en el ámbito del Derecho común– donde, al menos, deberá reservarse la legítima estricta libre de cargas y gravámenes⁷⁰. En Italia, a partir de la reforma, los descendientes podrán recibir una cuantía inferior a lo que les correspondería por legítima, siempre que el valor de los derechos del artículo 540.II supere la porción disponible y la cuota legitimaria del viudo⁷¹, sin que

⁶⁹ Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 26741 del 13 novembre 2017: “*In tema di successione necessaria, i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, riservati al coniuge ex art. 540, comma 2, c.c. si sommano alla quota spettante allo stesso in proprietà, con conseguente incremento quantitativo di tale quota, gravando in primo luogo sulla porzione disponibile e, ove questa non sia sufficiente, sulla quota riservata al coniuge in proprietà nonché, eventualmente, su quella riservata ai figli; ciò implica che la determinazione della porzione disponibile e delle quote di riserva dei legittimari deve avvenire considerando il valore del “relictum” (e del “donatum”, se vi sia stato), comprensivo del valore della casa familiare in piena proprietà”.*

⁷⁰ A salvo de la ya comentada *cautela socini* que, como cláusula de opción compensatoria, permite que el usufructo universal a favor del cónyuge viudo grave la legítima de los descendientes, siempre y cuando estos últimos puedan optar por no aceptar el gravamen a cambio de recibir únicamente lo que por legítima estricta les corresponda.

⁷¹ Resultan muy ilustrativos los ejemplos que propone V. BARBA, en “La sucesión de los legitimarios...”, ob. cit., pp. 99-101, de los cuales sólo reproducimos uno en esta nota: “Para entenderlo analicemos el siguiente ejemplo. Fulano muere, dejando una esposa, dos hijos y una herencia por un total de 100. En este caso, la cuantía de la legítima del cónyuge viudo es un 1/4, mientras que la cuantía de la legítima de los hijos es la 1/2 y la cuantía de libre disposición es el otro 1/4. Si los «derechos de habitación y uso» valen 60, la parte de libre disposición se reduce siempre a 0, el cónyuge tendría derecho a una parte de los bienes del caudal hereditario equivalente a 25, además de una porción ascendente a 60 de «derechos de habitación y uso»: los primeros 25 pesan sobre la parte de libre disposición (que se reduce a cero), los 25 siguientes gravan la legítima del cónyuge viudo, que se reduce esencialmente a cero, y el excedente (igual a 10) pesa sobre la legítima de los hijos, que se verá reducida. En este último caso, el cónyuge tiene derecho a una porción equivalente a 60 y los hijos a una cuota ascendente a 40”.

se les reconozca por ello una acción de suplemento o reducción⁷². En palabras de VICARI: «*si conferma la scelta di una fin troppo accentuata posizione di inferiorità (dei discendenti) rispetto al coniuge*»⁷³.

38. Sorprende especialmente esta decisión legislativa habida cuenta de la excesiva protección de los descendientes legitimarios que se observa en otros preceptos del ordenamiento jurídico italiano. A título de ejemplo, valga mencionar que el ordenamiento jurídico italiano prevé que un legitimario que haya ejercitado con éxito la acción de reducción de una donación que lesione su legítima tiene la posibilidad de solicitar -cumpliendo los requisitos que le exige la ley- la restitución del bien donado por el causante en vida, aunque dicha donación se haya realizado mucho antes de la apertura de la sucesión, o incluso si tal bien donado ha sido enajenado a un tercero⁷⁴, facultad que no sólo implica una protección excesiva para el legitimario, sino que se convierte incluso en un auténtico obstáculo para la circulación jurídica de los bienes donados⁷⁵.

39. Finalmente, conviene hacer una breve referencia a la forma de cálculo del valor de los derechos de uso y habitación. Como es sabido, este cálculo se lleva a cabo a partir de una fórmula que tiene en cuenta la edad del cónyuge viudo, de tal manera que, cuanto más joven sea el cónyuge superviviente, mayor valor tendrán sus derechos de uso y habitación⁷⁶. Dicho de otra forma, a menor edad del cónyuge viudo, más se verá reducida la cuota disponible y más afectados podrán verse los legitimarios. Así, piénsese en el ejemplo típico de desestructuración familiar, en la que después del divorcio se contrae un segundo matrimonio con una persona mucho más joven: en este caso podría darse la circunstancia de que, por la edad del viudo, los hijos se vieran claramente perjudicados respecto de un superviviente que quizás ha convivido apenas unos pocos años con el causante⁷⁷.

b) Il diritto di abitazione en la sucesión ab intestato ¿estamos ante un prelegado?

40. La segunda cuestión controvertida que debemos analizar es si al cónyuge le corresponden los derechos que recoge el segundo apartado del artículo 540 no sólo en el ámbito de la sucesión testamentaria, sino también en la sucesión legítima o *ab intestato*. Lo cierto es que los artículos 581 y 582 del *codice civile italiano* no los mencionan, creando una aparente laguna normativa que ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales.

41. Verdaderamente, si aceptamos como principio que estos derechos, a falta de disposición testamentaria en este sentido, tienen carácter de legado *ex lege* la respuesta debería ser afirmativa, de tal forma que se le reconocerán al cónyuge viudo, con independencia de que estemos ante una sucesión testamentaria o intestada. En este sentido resolvió la Corte Constitucional italiana⁷⁸ en sentencia de 5 de mayo de 1988: «*nella successione ab intestato sono attribuiti al coniuge nella sua qualità di legittimari*».

⁷² V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., p. 100.

⁷³ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., p. 1320-1321.

⁷⁴ V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., pp. 89 y ss.

⁷⁵ GAZZONI, «Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)», *Giustizia civile*, vol. LVI, no. 1, 2006, pp. 3 y ss.

⁷⁶ Tabla que recoge los coeficientes para la determinación de los derechos de usufructo y habitación en vigor desde el 1 de enero de 2021, según decreto aprobado por Ministero dell’Economia e Finanze, el 18 de diciembre de 2020, publicado en *Gazzetta Ufficiale n.322, 30 dicembre 2020*.

Età beneficiario (anni compiuti)	0 a 20	20 a 30	31 a 40	41 a 45	46 a 50	51 a 53	54 a 56	57 a 60	61 a 63	64 a 66	67 a 69	70 a 72	73 a 75	76 a 78	79 a 82	83 a 86	87 a 92	93 a 99
Coefficiente	95%	90%	85%	80%	75%	70%	65%	60%	55%	50%	45%	40%	35%	30%	25%	20%	15%	10%

⁷⁷ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., p. 1320: “*Le conseguenze appaiono poco ponderate dal legislatore soprattutto quando si tratta di piccoli patrimoni in cui cade in successione la sola casa coniugale e il coniuge supervivente è abbastanza giovane, per cui l’entità dei diritti di godimento può gravare notevolmente la quota degli altri legittimari*”.

⁷⁸ Corte Costituzionale, Ord., (ud. 21-04-1988) 05-05-1988, n. 527, Leggi d’Italia.

42. Ahora bien, el problema viene al plantearnos si tales derechos los recibe el cónyuge viudo además de la cuota que le corresponde por ley o, por el contrario, se imputan a aquella.

43. La Corte de Cassazione Civile se ha pronunciado en Secciones Unidas⁷⁹⁰ sobre el artículo 540.II, indicando que «*nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540, comma 2; il valore capitale di tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato*».

44. Siguiendo la tesis que ya en su momento apuntó RAVAZZONI⁸¹, en el ámbito de la sucesión intestada la jurisprudencia ha dotado a este derecho de una naturaleza jurídica de prelegado creando, a juicio de la doctrina, «un efecto distorsionante a favor del cónyuge y en detrimento de los demás sucesores»⁸². En opinión de BARBA, esta decisión no sólo no realiza una interpretación restrictiva en el ámbito de la sucesión forzosa -en consonancia con la realidad social actual-, sino que «*mortifica, e, quasi umilia l'autonomia privata (...)*»⁸³.

45. En efecto, para la Corte Suprema italiana, los derechos de habitación y de uso deberán detrarse del patrimonio hereditario y entregarse al cónyuge viudo con carácter previo, en el momento de la apertura de la sucesión intestada, como si se tratara de un prelegado, de forma que el valor de estos derechos se «prededucen» del haber hereditario, sin que después se impute a ninguna cuota de la herencia⁸⁴. Ciertamente, es una teoría que facilita, en principio, la operación aritmética del reparto de las cuotas entre los herederos, sin embargo, conlleva, entre otras consecuencias, que la cuantía del patrimonio hereditario a dividir sea inferior a la realmente existente. En otras palabras, tratar esta clase de derechos como un prelegado afecta directamente a la cuota del resto de herederos⁸⁵ -que se verá reducida- sin que exista, en cambio, una previsión legal en este sentido, ya que la ley sólo contempla esta posibilidad para el ámbito de la sucesión testamentaria⁸⁶.

46. En la práctica jurídica llama la atención esta decisión del Alto Tribunal, ya que significa, en definitiva, dejar sin efecto las normas de la sucesión intestada que recoge el Código Civil italiano, al permitir que se modifiquen las cuotas de los herederos y la cuantía del patrimonio hereditario sin un fundamento legal para ello.

⁷⁹ Cass., SS.UU., 27 de febrero de 2013, n. 4847, en *Leggi d'Italia*

⁸⁰ En Italia, la Corte de Casación está formada normalmente por cinco jueces. Los casos más complejos que deciden cuestiones de interpretación de la ley son dictados en «secciones unidas», por un panel ampliado de nueve jueces.

⁸¹ A. RAVAZZONI, "I diritti...", ob. cit., p. 230: «*risulta, con molta evidenza dalla disposizione in esame, l'intenzione legislativa di attribuire carattere preferenziale a questa attribuzione a titolo particolare (...) carattere preferenziale che, secondo una certa dottrina e parte della giurisprudenza, sabbere proprio in linea di principio, di ogni prelegato*».

⁸² V. BARBA en "La sucesión...", ob. cit., p. 101 y ss.

⁸³ V. BARBA, "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1781 y ss.

⁸⁴ V. BARBA en "La sucesión...", ob. cit., lo explica con un ejemplo en las pp. 102 y 103: «*Imaginemos que Fulano deja una esposa y dos hijos y una herencia de 100. Supongamos que el haber hereditario está compuesto solo por la vivienda familiar y que los «derechos de habitación y uso» valen 25 (hipótesis que garantiza la ausencia de una lesión a los legitimarios). Siguiendo la tesis de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, los «derechos de habitación y uso» deben atribuirse inmediatamente al cónyuge (como si se tratara de un prelegado), y el residuo (consistente en la nuda propiedad de la vivienda familiar y de los muebles) se divide entre los herederos según las reglas de la sucesión legítima. En este caso al cónyuge le corresponde un 1/3, mientras que a los hijos les corresponden 2/3 de la herencia. Considerando que hemos asumido que los «derechos de habitación y uso» valen 25, si se resta 25 a 100, la herencia a dividir asciende a 75 cónyuge viudo no adquiere solo 25, ya que tenemos que añadir lo que recibió por efecto del prelegado, o sea, los «derechos de habitación y uso» que valen 25. El recibirá, por lo tanto, 50*».

⁸⁵ V. BARBA, "Sui diritti...", ob. cit., p. 1782: «*all'esito, e sotto taluni profili, finisce, paradossalmente, per tradire il senso e la misura della stessa disciplina recata dell'articolo, prevedendo, nei fatti, che questo diritto debba gravare, indistintamente, sulla quota di tutti i successibili*».

⁸⁶ G. VICARI, "I diritti...", ob. cit., p. 1319: «*se fosse insomma un prelegato la disposizione graverebbe sempre e comunque sulla quota di tutti gli eredi, mentre il comma 2 dell'art. 540 c.c. presenta questa ipotesi solo come un'eventualità*».

c) Presupuestos para la concesión de los derechos de uso y habitación: el problema de la titularidad

47. El primer presupuesto objetivo a que la ley subordina el otorgamiento del legado del derecho de habitación a favor del supérstite es que la vivienda sea la habitual de la familia, es decir, aquella que los cónyuges han querido fijar como núcleo familiar y que la Corte Constitucional italiana ha definido como «*un complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare la esistenza domestica della comunità familiare*»⁸⁷. De esta forma, el legislador excluye expresamente segundas residencias o, en general, bienes inmuebles de uso temporal, y exige una cierta estabilidad y continuidad⁸⁸.

48. Por su parte, la jurisprudencia aclara que el derecho de habitación presupone que el supérstite está residiendo en la vivienda familiar en el momento de la muerte de su cónyuge⁸⁹. Esto es, en su argumentación, el Alto Tribunal hace referencia al concepto de residencia del artículo 43 del Código Civil italiano -aquella en la que se reside habitualmente-, más allá de la acordada por los cónyuges, según el artículo 144 del mismo texto legal⁹⁰.

49. En cuanto al objeto del derecho de uso, el concepto de bienes muebles que recoge el artículo 540 del Código Civil italiano podría asimilarse a los «muebles de uso ordinario en la familia» a que también hace mención el artículo 1319 del Código Civil español, ya que la doctrina italiana ha querido interpretar la expresión «*mobili che la corredano*» en un sentido amplio, incluyendo no sólo bienes muebles en sentido estricto, sino todo aquello que se destina al uso habitual de la familia⁹¹. Quedarán excluidos, en cambio, los bienes de extraordinario valor, un valor que será calculado en función de las circunstancias del caso concreto y atendiendo, en todo caso, al haber hereditario del difunto⁹².

50. Finalmente, entre los requisitos objetivos que la ley exige para la concesión de los derechos de uso y habitación, tradicionalmente ha existido controversia en torno a la titularidad de los bienes sobre los que recaen estos derechos. La expresión «*se di proprietà del defunto o comuni*», contenida en el artículo 540.II del Código Civil italiano, si bien deja claro que el supérstite no encontrará ningún límite a su legado de uso y habitación cuando la propiedad de la vivienda familiar y los bienes muebles que se encuentren dentro de ella pertenezcan de forma exclusiva al difunto, se ha discutido a qué se refiere el legislador con el término «común».

51. En una primera teoría, pareciera que la norma alude a una situación de comunidad preexistente entre los dos cónyuges. En este sentido se pronunció en su momento la Corte Suprema italiana, afirmando que los derechos de uso y habitación no podrían conferirse al cónyuge viudo en caso de que la vivienda familiar o los bienes muebles ínsitos en ella pertenecieran en parte a un extraño -una persona distinta del supérstite- por existir una situación de comunidad entre éste y el difunto⁹³. Los argumentos

⁸⁷ Corte Costituzionale sent. n. 445 del 1989 ed ord. n. 20 del 1990

⁸⁸ COCCIA, “La casa familiare: qualificazione giuridica e diritti del coniuge”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1985, Milano, pp. 728 y ss.

⁸⁹ Cass. civ. Sez. II, 27-02-1998, n. 2159: “il diritto di abitazione in discorso presuppone una residenza già in atto nella casa coniugale, alla morte del coniuge”.

⁹⁰ C. COPPOLA, “I diritti...”, ob. cit., p. 125.

⁹¹ “ricomprendere anche tutti i beni mobili che hanno funzione di arredo e così, non solo i mobili nel senso merceologico del termine, ma anche gli elettrodomestici, i quadri, i libri, gli oggetti decorativi nonché i servizi che ne fanno parte integrante in quanto destinati alla fruizione del nucleo familiare in rapporto armonico con le sue esigenze socio-economiche”: COCCIA, “La casa familiare...”, ob. cit., p. 730.

⁹² A. GARGANO, “Il coniuge...”, ob. cit., p. 1626.

⁹³ Cass. civ. Sez. II, 22-07-1991, n. 8171: “i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la arredano, previsti in favore del coniuge supérstite (...) presuppongono per la loro concreta realizzazione l'appartenenza della casa e del relativo arredamento al “de cuius” o in comunione a costui e all'altro coniuge, non potendo estendersi a carico di quote di soggetti estranei all'eredità nel caso di comunione degli stessi beni tra il coniuge defunto e tali altri soggetti”; Cass. civ. Sez. II, 23-05-2000, n. 6691: “eve, quindi, conclusivamente rilevarsi che la locuzione “se di proprietà del defunto o comuni” sia da interpretare “se di proprietà del defunto o comuni tra i coniugi”, secondo le regole della comunione ordinaria o legale di cui all'art. 177 c.c. e segg”.

los recuerda la Corte di Cassazione 6691/2000⁹⁴ señalando, entre otros, que de admitirse la teoría contraria el resto de los copropietarios podría encontrar su cuota gravada inesperadamente con derechos reales a favor del supérstite; así como que si el difunto fuera copropietario de la vivienda con un tercero y la estuviera ocupando en el momento de su muerte nacería a favor del viudo un derecho real que hasta entonces no había existido, algo que no tendría sentido.

52. No obstante, encontramos algunos autores en la doctrina italiana dispuestos a admitir el otorgamiento de estos derechos al cónyuge viudo, incluso cuando los bienes pertenezcan no sólo al difunto, sino a un tercero, extraño al matrimonio⁹⁵. Según esta línea de pensamiento, defender lo contrario implicaría que el causante podría perjudicar al supérstite y eludir la aplicación del artículo 540 simplemente enajenando a un tercero una cuota de la propiedad de la vivienda familiar. Ahora bien, ha de advertirse que, de acuerdo con esta parte de la doctrina italiana, en caso de que el inmueble pertenezca en común al difunto y a un tercero el derecho del cónyuge supérstite recaerá únicamente sobre la cuota correspondiente al primero⁹⁶ y, si el inmueble es asignado al otro copropietario y no admite cómoda división, el viudo sólo podrá reclamar el equivalente económico-monetario de sus derechos⁹⁷.

53. La polémica ha quedado zanjada definitivamente con la reciente sentencia del 28 de mayo de 2021 de la Corte de Casación que, ratificando sentencias anteriores y opiniones de la doctrina más reciente⁹⁸, se ha inclinado a favor de la primera teoría, resolviendo que para que nazcan a favor del cónyuge supérstite los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario en la familia, será necesario que tales bienes pertenezcan exclusivamente al cónyuge difunto o, en su caso, al difunto y al cónyuge supérstite: *«Con tale sentenza, che in questa sede si condivide, si affermava il principio (oggi ribadito) che «a norma dell'art. 540 c.c., il presupposto perchè sorgano a favore del coniuge superstite i diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la arredano è che la suddetta casa e il relativo arredamento siano di proprietà del “de cuius” o in comunione tra lui e il coniuge, con la conseguenza che deve negarsi la configurabilità dei suddetti diritti nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comunione tra il coniuge defunto ed un terzo».*

d) ¿Es posible dejar la propiedad de la vivienda familiar a un tercero? La lesión cuantitativa o cualitativa del cónyuge viudo

54. Nos referíamos antes a la limitación de la autonomía de la voluntad del causante que ha supuesto el artículo 540.II del Código Civil italiano, en cuanto puede llegar a reducir drásticamente o, incluso, suprimir el tercio de libre disposición. A raíz de este precepto, sin embargo, no sólo ha quedado limitada cuantitativamente la libertad de testar del difunto sino también cualitativamente ya que no podrá

⁹⁴ “Cass. civ. Sez. II, 23-05-2000, n. 6691: *“Possono infine ricordarsi gli altri argomenti addotti dalla dottrina contraria alla configurabilità dei diritti di abitazione e uso dei mobili che la corredano, se la casa familiare appartenga anche a terzi, e cioè:*

(a) l’inammissibilità che la morte di un condomino faccia sì che gli altri comunisti trovino gravata di un diritto reale parziale anche la loro quota;

(b) l’inaccettabilità del fatto che, qualora il defunto fosse comproprietario pro-quota dell'alloggio con un terzo e lo occupasse, per la quota non di sua proprietà, a titolo di comodato, il superstite verrebbe ad ottenere, in forza della tesi che qui si critica, un diritto reale (sulla quota non del defunto) in precedenza inesistente;

(c) la singularità di un diritto di abitazione limitato ad una quota, ideale, dell'immobile o, per ipotesi, ad alcuni vani.”

⁹⁵ A. MASCHERONI, “Il nuovo...”, ob. cit., p. 638; VICARI, G., “I diritti...”, ob. cit., p.1329, *“si potrebbe interpretare l'espressione «se di proprietà del defunto o comuni» nel senso restrittivo secondo cui il diritto entra a far parte della riserva del superstite solo se la casa è stata o in proprietà esclusiva del de cuius, o in coproprietà con l'altro coniuge. Ciò porterebbe però ad una ingiustificata limitazione contraria allo spirito della norma, sicché è preferibile concludere che il diritto, nel caso di comproprietà con terzi, resta limitato alla quota di immobile caduta in successione”.*

⁹⁶ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., pp. 1329 y ss.

⁹⁷ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 4ª ed., Torino, 2006, p.126.

⁹⁸ V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., p. 75.

realizar ningún acto de disposición de bienes que resulte incompatible con los derechos de habitación y de uso reconocidos al cónyuge supérstite, ni siquiera dentro de los límites del tercio de libre disposición⁹⁹.

Por esta razón, no podemos dejar de preguntarnos qué ocurriría en caso de que el causante decidiera disponer a través de testamento de un derecho que fuera incompatible con los derechos de uso y habitación del cónyuge viudo a favor de otra persona. En efecto y por poner un ejemplo, legar a un tercero distinto al cónyuge un derecho de propiedad sobre la vivienda habitual de la familia, conllevaría una lesión cualitativa de los derechos reconocidos al supérstite en el artículo 540.II.

55. BARBA, descartando que esta clase de disposición pueda resultar nula o ineficaz, y en el ánimo de respetar y proteger en todo caso la voluntad del causante, opina que el supérstite, en un supuesto de lesión de su derecho -tanto cuantitativa, como si es solamente cualitativa- debe interponer una acción de reducción¹⁰⁰, con la particularidad de que estará dirigida únicamente contra la persona que se ha visto beneficiada por la atribución incompatible. Además, ha de destacarse que, llegada la circunstancia de que se trate de una lesión puramente cualitativa, en otras palabras, que respete la cuantía de la cuota de libre disposición, estará igualmente sujeta a reducción. Eso sí, en este caso concreto, BARBA propone que el cónyuge viudo abone una compensación¹⁰¹ al beneficiario del derecho sujeto a reducción de manera que pueda recibir en última instancia, al menos, el valor de la atribución recibida del causante: «de lo contrario, veríamos una paradójica reducción de una donación incluida en la cuota de libre disposición»¹⁰².

B) Conclusiones acerca del legado de los derechos de uso y habitación: ¿Un instrumento al servicio de la voluntad del causante?

56. De todo lo expuesto acerca del legado de los derechos de uso y habitación que regula el segundo apartado del artículo 540 del Código Civil italiano, podemos concluir lo siguiente:

57. La finalidad de la reforma legislativa italiana de 1975 fue otorgar una mayor protección al cónyuge viudo en el deseo de paliar, de alguna manera, no sólo las consecuencias físicas o patrimoniales, sino también las psíquicas que pudiera traer consigo la muerte del causante. En efecto y como hemos señalado anteriormente, a la muerte del difunto es frecuente encontrarnos con un cónyuge viudo pensionista en una situación de desamparo, desde luego mayor que la que pueden tener los descendientes -normalmente en edad de trabajar y de obtener sus propios ingresos-, situación a la que hay que añadir el duelo de quien ha perdido a un ser querido. Naturalmente, el legislador no sólo reserva al supérstite una legítima, sino que procura garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, aquella en la que ha ido construyendo su hogar y en la que tiene todos sus recuerdos. Lo cierto es que, en última instancia, esta norma aspira a cumplir la voluntad más frecuentemente manifestada por el testador, esto es, proteger lo máximo posible al cónyuge viudo. No obstante, paradójicamente, el resultado es, aunque favorable al supérstite, una restricción aún mayor de la libertad de disponer del causante.

58. Verdaderamente, esta institución con naturaleza jurídica de legado es desafortunada en su redacción y planteamiento, al haber resuelto el legislador que los derechos de habitación y de uso no sean imputables a la legítima del cónyuge viudo, sino solamente cuando la porción disponible no fuera suficiente¹⁰³. Como se ha apuntado, el valor de estos derechos debe añadirse a lo que por legítima corres-

⁹⁹ V. BARBA, *La successione dei legitimari*, ob. cit., pp. 80 y ss.

¹⁰⁰ Aunque V. BARBA habla de acción de reducción, en España su propuesta equivaldría a una acción de rescisión del derecho de propiedad concreto que lesiona cualitativamente los derechos de uso y habitación reconocidos al cónyuge supérstite. Por ello y como comentamos en la línea siguiente, propone abonar al afectado por esta acción una “compensación”, para cumplir, de alguna manera, la donación hecha por el causante con cargo a la cuota de libre disposición.

¹⁰¹ SCHIAVONE, “I diritti di abitazione e d’uso attribuiti al coniuge supérstite nella successione ab intestato”, *Fam. e Dir.*, 1997, p. 155

¹⁰² V. BARBA, “El legado ex lege...”, ob. cit., pp. 364-366.

¹⁰³ V. BARBA en “La sucesión...”, ob. cit., p. 104, propone, en cambio, la siguiente redacción: “*Al coniuge sono riservati*

ponde al viudo, privando para ello, si es necesario, de toda libre disposición al causante, incluso con la posibilidad de gravar, en su caso, la legítima de los descendientes. Esta figura implica, por lo tanto, un fuerte obstáculo a la libertad de testar del difunto que no se corresponde con los tiempos actuales.

V. Claves para una reforma en España a la luz de la experiencia italiana

59. Examinados los derechos sucesorios que concede la legislación italiana al cónyuge viudo -con sus ventajas e inconvenientes- volvemos a España para preguntarnos cuáles deberían ser las claves de una mejora de la posición del cónyuge superviviente en el ámbito del derecho sucesorio ante una futura reforma¹⁰⁴.

60. Vistas con anterioridad algunas de las bases o intereses subyacentes que podrían fundamentar hoy en día la reserva de una legítima a favor del cónyuge viudo, esto es, la *affectio maritalis*, el papel del superviviente como elemento aglutinador del grupo familiar, su participación en la formación del patrimonio del causante o la solidaridad familiar, quedaría plantearnos de qué forma podría regularse dicha legítima. En otras palabras, si es conveniente el otorgamiento de la legítima del viudo en plena propiedad o, por el contrario, debería mantenerse la cuota viudal en usufructo.

61. A favor de la primera postura se han manifestado algunos autores de la doctrina. Según esta línea de pensamiento los cambios sociológicos y económicos producidos en los últimos años, concretamente en el ámbito de las relaciones familiares o en la formación de los patrimonios, aconsejan una legítima viudal en plena propiedad y no en usufructo¹⁰⁵, especialmente tomando en consideración que hoy en día el mantenimiento de los bienes en la línea familiar ha pasado a un segundo plano, pues el patrimonio es fruto del trabajo individual o, en su caso, del esfuerzo común de ambos cónyuges¹⁰⁶.

Entre las ventajas que presentaría este sistema, como se ha mencionado al analizar el régimen italiano, la reserva de una cuota en plena propiedad a favor del cónyuge viudo equipara su situación jurídica a la de los hijos y le permite disponer de su porción de la herencia con plena libertad. Además, esta clase de legítima evita los inconvenientes que lleva aparejados normalmente la desmembración del dominio en usufructo y nuda propiedad¹⁰⁷.

Ahora bien, no podemos olvidarnos de los inconvenientes anteriormente aludidos, esto es, la potencial situación de injusticia que puede surgir cuando el testador dispone de bienes de procedencia familiar -susceptibles de acabar en manos de extraños- o la disminución de la libertad de testar del causante que podría significar, en la práctica, aumentar la cuantía de la legítima con el fin de reservar en propiedad parte de ella al cónyuge superviviente. Respecto al primer punto, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, partidario de otorgar al cónyuge un tercio de la herencia en concepto de nuda propiedad, propone que, en caso de que los bienes sean privativos del difunto se concedan en usufructo para evitar «transmisiones de patrimonios por razón de matrimonio»¹⁰⁸. En cuanto al segundo aspecto aludido, es preciso que el

i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni tra il defunto e il coniuge superstite. Tali diritti tenuto a un indennizzo a favore dell'eredità e degli eredi. Lo stesso diritto spetta al convivente, ancorché costui non sia legittimario”.

¹⁰⁴ “Creemos que ha llegado el momento de amparar de forma privilegiada los derechos sucesorios del viudo (...)” FERNÁNDEZ ECHEGARAY, “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 515.

¹⁰⁵ Así, T. F. TORRES GARCÍA, y M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 162 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta...”, ob. cit., pp. 120 y ss.

¹⁰⁷ F. J. OLMEDO CASTAÑEDA, “La legítima en el Derecho común: ¿supresión o reducción?”, *Revista Jurídica del Notariado*, números 102- 103, abril-septiembre 2017, p. 594: También hace notar el autor la frecuencia con la que la cuota usufructuaria es conmutada en la práctica notarial por un capital en dinero.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, “La libertad...”, ob. cit., p. 503.

legislador se cuestione cuál es verdaderamente el fundamento de la legítima y el interés necesitado de una especial protección, ya que no tendría sentido que por proteger al supérstite termináramos privando de libertad de testar al causante, como ocurre, de *facto*, en el Derecho italiano.

62. En contra de esta línea de pensamiento otros autores defienden el mantenimiento de la legítima del viudo en forma de una cuota usufructuaria, combinada con la posibilidad de conmutar concedida a los herederos gravados¹⁰⁹.

Otras propuestas que han sido planteadas por la doctrina van en la línea de mantener la cuota viudal usufructuaria concediendo al viudo la iniciativa para proceder a la conmutación¹¹⁰ -no sólo en los casos en que concurra con hijos sólo de su consorte¹¹¹; la posibilidad de establecer una duración mínima del matrimonio para la concesión de ciertos derechos al supérstite¹¹²; o incluso una idea que ya en su momento fue apuntada por CASTÁN¹¹³, a saber: que la legítima del viudo que concurra con descendientes sea una cuota usufructuaria y, si acude a la herencia con ascendientes o extraños, en plena propiedad.

63. Por su importancia conviene detenerse brevemente en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Así, los académicos han decidido apostar por el mantenimiento de una cuota legitimaria en usufructo a favor del viudo, aunque reduciendo su cuantía, de manera que ésta será de un tercio, un cuarto o la mitad del caudal hereditario, según el viudo acuda a la herencia con uno o varios descendientes, o sólo con ascendientes¹¹⁴.

Al mismo tiempo, se sugiere una significativa reducción de la legítima de los descendientes que, además, pasará a ser variable, de tal forma que, en caso de concurrir a la herencia el cónyuge y un único legitimario, la legítima de este último consistirá únicamente en un tercio del haber hereditario, mientras que en caso de existir dos o más hijos, la legítima será de la mitad del patrimonio y de ésta una cuarta parte estará destinada a la mejora, porción libremente disponible por el testador a favor de los descendientes.

De esta forma, la Asociación no ha considerado necesario alterar la configuración general de la legítima viudal como cuota usufructuaria, amparándose en la participación que normalmente tiene el cónyuge en la formación del patrimonio familiar con independencia del régimen económico matrimonial elegido¹¹⁵.

64. Ahora bien, como novedad, la Propuesta de Código Civil regula por primera vez la posibilidad de gravar la legítima de los descendientes y ascendientes con un derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo sin necesidad de establecer para ello una cláusula de opción compensatoria -tipo la cautela socini-, ya que la concesión de este derecho dependerá exclusivamente de la decisión del testador, que podrá conferirlo «aun gravando la legítima»¹¹⁶. Aunque esta medida pueda parecer contradictoria con la

¹⁰⁹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “¿El usufructo como legítima del viudo?”, en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 453 y ss.

¹¹⁰ En la actualidad la iniciativa para conmutar la legítima del viudo corresponde a los descendientes a menos que el supérstite concurra a la herencia con legitimarios que sean hijos sólo del causante.

¹¹¹ T. RUBIO GARRIDO, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 146 y ss.

¹¹² J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, A. L. REBOLLEDO VARELA, (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 292 y ss.

¹¹³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol.2, Madrid, 1979, pp. 616-617.

¹¹⁴ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018, «Artículo 467-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicada en el año 2018: Cuantía de la legítima del cónyuge viudo. 1. La legítima del cónyuge viudo está constituida por el usufructo de una parte del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el artículo 467.6, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 467-18. 2. Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. 3. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición. 4. Cuando concurra con ascendientes el usufructo será de la mitad del caudal, y se imputará a la porción de libre disposición».

¹¹⁵ G. GALICIA AIZPURUA, “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, Barcelona, 2017, pp. 21 y ss.

¹¹⁶ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta...*, ob. cit., pp. 193 y ss.

decisión de disminuir la cuantía de la legítima del cónyuge viudo, ha de tomarse en consideración que lo que pretende en última instancia la propuesta de los profesores de Derecho Civil es la flexibilización del sistema legitimario y la ampliación de la libertad de testar del causante, algo que se logra, entre otras medidas, con la disminución de la cuantía de la legítima, en general. Sin embargo, como no siempre es factible garantizar al cónyuge viudo la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, especialmente en los pequeños y medianos patrimonios donde el bien fundamental es la casa¹¹⁷, los profesores de Derecho Civil han querido conceder al testador la facultad de instituir al supérstite como usufructuario universal de la herencia sin ningún tipo de limitación, apoyándose en la frecuencia con que se acude en la práctica notarial a la cautela socini. Esto, recordemos, no es más que una facultad, de la que podrá hacer uso o no el testador y responde únicamente al deseo de garantizar la tutela jurídica y económica del cónyuge viudo, manteniendo inalterado su modo de vida, de acuerdo con los deseos del causante.

Así, el precepto propuesto señala que «no comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión»¹¹⁸. Resulta llamativa esta propuesta de redacción, ya que comporta una importantísima excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, dejando abierta la posibilidad de establecer, no sólo un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo¹¹⁹ sino también un usufructo universal vitalicio sobre todo el haber hereditario, con la facultad de gravar la legítima de descendientes o ascendientes sin que tengan los legitimarios opción alguna de eludir la restricción.

Si bien esta norma atiende mejor los deseos del testador y se corresponde con una creciente demanda social de conceder mayores derechos sucesorios al cónyuge supérstite, solventando además el problema de una potencial ineficacia de la cautela socini -en caso de presencia de algún legitimario díscolo-, al mismo tiempo implica un choque frontal contra un principio básico y fundamental de todo sistema legitimario como es el de la intangibilidad de la legítima.

65. Por nuestra parte, una propuesta de reforma en España podría ser un sistema similar al Derecho sucesorio italiano, que reconociera por ministerio de la ley a favor del cónyuge viudo un derecho de usufructo o de habitación y de uso sobre la vivienda habitual y bienes muebles ínsitos en ella, con la particularidad de que debería ser imputable a la legítima del viudo. En cuanto al exceso, nos inclinamos por acoger la opción que propone BARBA pensando en una futura reforma del régimen italiano, «*qualora questa non sia sufficiente, il coniuge è tenuto a un indennizzo a favore dell'eredità e degli eredi*»¹²⁰, de tal manera que, excediendo de la cuota de legítima del cónyuge viudo, éste deberá abonar una compensación a los legitimarios y herederos del causante, sin que en ningún caso pueda gravarse la legítima de los descendientes. No se propone que el exceso se impute a la cuota de libre disposición, ya que en su caso nos encontraríamos con una restricción, por ministerio de la ley, de la autonomía de la voluntad del causante, algo que no se corresponde con el contexto social actual. Por otro lado, si el causante tiene una porción de la herencia de la que puede disponer libremente, lo normal es que teste a favor de su cónyuge viudo.

Simplemente el hecho de reconocer por ministerio de la ley esta clase de derechos al supérstite se adapta a la actual demanda social de protección del cónyuge. Además, esta medida combinada con una disminución de la cuantía de la legítima -de descendientes, ascendientes e incluso del viudo -, podría ser suficiente para garantizar al supérstite lo más importante, esto es, continuar viviendo en su propia casa, a la vez que evitaría el problema del régimen sucesorio italiano aludido anteriormente, dado que no podría gravarse la legítima de los descendientes en ningún caso y tampoco supondría un freno a la libertad de disposición del causante.

¹¹⁷ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sucesión «mortis causa» ...”, ob. cit., págs.50-51: “*El cónyuge sobreviviente se enfrenta, a menudo, con dificultades económicas para abonar la parte que pueda corresponder a los herederos, incluso cuando el causante quiera otorgarle el beneficio económico máximo que la ley permite*”.

¹¹⁸ Art. 467-19 de la Propuesta de Código Civil, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

¹¹⁹ Derecho que amplía al legitimario descendiente que tenga una discapacidad.

¹²⁰ V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., p. 104.

No obstante, como inconveniente, el viudo sólo vería garantizada su vivienda habitual y no así una posible segunda residencia u otros bienes que, en el fondo, considera suyos y ha estado utilizando como tales a lo largo del matrimonio. Asimismo, existiría el peligro de que, por no tener el viudo recursos suficientes, no fuera capaz de pagar la compensación económica al resto de descendientes y, por consiguiente, no pudiera hacerse efectivo finalmente el derecho de usufructo¹²¹.

66. Otra propuesta, en cambio, podría ir en la línea planteada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, concediendo al testador una facultad de establecer a favor del cónyuge supérstite un usufructo universal de toda la herencia, incluso gravando la legítima de los descendientes, sin que ello suponga una vulneración del principio de la intangibilidad de la legítima por así disponerlo la ley.

Esta clase de planteamiento se ampararía en la frecuencia práctica con la que el testador desea constituir a favor del viudo un usufructo universal -haciendo uso de la cautela socini-, al mismo tiempo que se adaptaría al legítimo interés del causante de asegurar al cónyuge sobreviviente no sólo su vivienda habitual, sino el uso y disfrute de todos los bienes de la herencia, sin que cambie la situación que ostentaba durante el matrimonio. Esta facultad en combinación con una disminución general de la cuantía de la legítima incrementaría *de facto* la libertad de testar del causante, hecho que normalmente irá en provecho del cónyuge viudo, dado que, como hemos explicado antes, el testamento más frecuente es el que deja lo máximo posible al cónyuge¹²².

No obstante, en cualquier caso, es preciso que meditemos sosegadamente cualquier reforma en este sentido, ya que una propuesta de este tipo vulnera gravemente el principio esencial de todo sistema legitimario: la intangibilidad de la legítima. El problema de fondo reside en que, si no se reforma en profundidad el sistema de legítimas tal y como lo conocemos se hace necesario introducir importantes excepciones -como la comentada- que afectan a principios fundamentales con el fin de adaptarlo a la realidad social. Ya advirtió MARTÍNEZ SANCHÍS de este peligro en su discurso de entrada a la Real Academia de la Jurisprudencia: el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima «*constituye un dique que amenaza verse desbordado por las reformas introducidas en otros preceptos del Código civil y la presión de una realidad social que exige, cuando menos, una interpretación más flexible de la que se ha venido haciendo*»¹²³.

Ciertamente, la propuesta de la Asociación supondría un auténtico desbordamiento del sistema legitimario, razón por la cual deberíamos plantearnos si es sostenible en el tiempo mantener inalterado en su sustancia nuestro régimen sucesorio.

67. Ciertamente, ninguna solución es perfecta en el ámbito de las sucesiones y especialmente compleja resulta la cuestión de qué derechos conceder al cónyuge supérstite. Ha de estarse a cada caso concreto y aún con ello es verdaderamente complicado llegar a una solución que tanto testador como legitimarios consideren justa. Ahora bien, la sociedad ha cambiado y resulta evidente que no podemos continuar aferrándonos a un sistema que sobreprotege a los legitimarios descendientes, sino que debemos avanzar en favor de una mayor libertad de testar del causante a la vez que en una mejora en la protección de los derechos del cónyuge supérstite.

¹²¹ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sucesión «mortis causa» ...”, ob. cit., págs.50-51: “*El cónyuge sobreviviente se enfrenta, a menudo, con dificultades económicas para abonar la parte que pueda corresponder a los herederos, incluso cuando el causante quiera otorgarle el beneficio económico máximo que la ley permite*”.

¹²² A. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca...*, ob. cit.

¹²³ MARTÍNEZ SANCHÍS, “Quo legitima...” Discurso..., ob. cit., Madrid, 2014.

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ARTÍCULO 33.3 DE LA LEY 29/2015, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

THE PROOF OF FOREIGN LAW AND THE ARTICLE 33.3 OF THE ACT 29/2015 ON INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

ORCID ID: 0000-0001-6129-1161

Recibido:03.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6697>

Resumen: La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil despertó gran expectación entre los operadores jurídicos internacionales. Entre otras materias, esta Ley venía teóricamente a resolver diversas cuestiones relacionadas con la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, sobre las cuales la doctrina venía años reclamando una adecuada regulación. Uno de los principales problemas del sistema español de Derecho internacional privado en este ámbito ha sido la ausencia de regulación para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero. El presente trabajo versa sobre la prueba del Derecho extranjero, los principales problemas que ello plantea, y, en particular, sobre el estado actual en nuestra jurisprudencia en torno a la cuestión de lo procedente ante la falta de prueba del Derecho extranjero.

Palabras clave: Derecho extranjero, prueba del Derecho extranjero, Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, ausencia de prueba.

Abstract: Act 29/2015, dated 30th July, on international legal cooperation in civil matters, aroused great expectations among international legal practitioners. Among other matters, this Act theoretically came to solve various issues related to the proof of foreign Law before the Spanish courts, on which the doctrine had been demanding an adequate regulation for years. One of the main problems of the Spanish system of Private International Law in this area has been the absence of regulation for cases of lack of proof of foreign Law. This work deals with the proof of foreign Law, the main problems that this raises and, specifically, with the current state of our jurisprudence regarding the issue of what is appropriate in the case of lack of proof of foreign law.

Keywords: Foreign Law, proof of foreign Law, International legal cooperation in civil matters Act, lack of proof.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

I. Introducción: la prueba el Derecho extranjero

1. En el ordenamiento español los tribunales vienen obligados a aplicar de oficio sus normas de conflicto para determinar en su virtud la Ley aplicable a un supuesto objeto del Derecho internacional privado. Es lo que se denomina la imperatividad del sistema, establecida en el artículo 12.6 CC¹. Si la aplicación de las normas de conflicto se produce de oficio, parece que, en principio, pudiera pensarse que lo lógico sería que, si ello diera lugar a la aplicación de un Derecho extranjero, éste también debería ser aplicado de oficio por las autoridades que conocieran. En nuestro trabajo vamos a centrar el análisis del tema desde la perspectiva de los tribunales como autoridades, dejando al margen la posible aplicación del Derecho extranjero por otras autoridades, como pudieran ser los notarios o los registradores².

2. Sin embargo, el principio *iura novit curia* no opera en nuestro ordenamiento respecto a la prueba del Derecho extranjero; el juez no tiene obligación de aplicar de oficio un Derecho extranjero. Siendo ello así, se plantean en torno a la prueba del Derecho extranjero una serie de interesantes interrogantes: ¿debe ser alegado el Derecho extranjero por las partes para su aplicación?, ¿sobre quién recae la carga de su prueba?, ¿en qué momento se debe probar?, ¿qué papel desempeña el juez en todo este proceso?, ¿qué medios de prueba se pueden utilizar a tal efecto?

3. A todas estas interesantes cuestiones, habría que añadir otra que tradicionalmente ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina y jurisprudencia española, y que centrará el objeto de nuestro estudio: ¿qué sucede si, por quien corresponde, no se consigue probar ante el tribunal el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable? Pues bien, en teoría, para tratar de dar una adecuada respuesta a este clásico interrogante se incluyó el artículo 33.3 en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC)³. En el presente trabajo, abordaremos algunas de las cuestiones apuntadas para centrarnos específicamente en el estado actual de la situación sobre la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por nuestra norma de conflicto. Sobre este asunto vamos a analizar cómo nuestra más reciente jurisprudencia, en particular la emanada de las audiencias provinciales -que es donde normalmente suelen terminar estos asuntos-, pero también del Tribunal Supremo, ha abordado hasta la fecha la solución teórica contenida en el citado artículo 33.3 LCJIMC. Sin embargo, para tener una visión global de materia, debemos analizar, al menos a modo de introducción, cómo aborda en general la LCJIMC la cuestión relativa a la prueba del Derecho extranjero.

II. La LCJIMC y la prueba del Derecho extranjero

4. En el artículo 33 LCJIMC, que es el que con carácter general regula la prueba del Derecho extranjero en nuestro sistema⁴, se realiza de entrada una remisión de la prueba del contenido y vigencia

¹ A tenor de dicho precepto, cuya literalidad no admite lugar a las dudas: “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. El artículo 12.6 CC es calificado muy gráficamente por P. DIAGO DIAGO como la “estrella polar” de nuestro régimen procesal en relación a la prueba del Derecho extranjero, debiendo ser la guía que sirva de interpretación para la solución de los problemas que a menudo se presentan en este ámbito (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 535-536). Sobre el carácter imperativo del artículo 12.6 CC, *vid.* A. BARBEITO y J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, “La imperatividad de la norma de conflicto. Razonamientos del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 781-796.

² Sobre el particular, *vid.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Aspectos extrajudiciales de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp.665-745. En el caso de la prueba del Derecho extranjero por registradores, la RDGRN de 7 de noviembre de 2019 (*B.O.E.* núm. 286, de 28 de noviembre de 2019) señala que “el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero (...), podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción”. Observamos que la solución en ningún caso es la de la aplicación sustitutoria del Derecho español, que, como veremos, es la regla general imperante en el ámbito judicial.

³ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOE* núm. 183, de 31 de julio de 2015).

⁴ Dice J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, citando a J. VERHELLEN, que “la prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del

del Derecho extranjero a lo dispuesto al respecto en la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), en concreto, artículo 281.2⁵, y en las demás disposiciones aplicables en la materia (entre las que se hallaría el art. 36 del Reglamento Hipotecario, el art. 91 del Reglamento del Registro Civil o el art. 168.I.4^o del Reglamento Notarial -que, como ya hemos indicado, quedan al margen de nuestro estudio-). En realidad, el artículo 33.1 LCJIMC remite la regulación de la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero a la LEC y demás disposiciones aplicables a la materia, pero lo cierto es que, al margen de la citada Ley (y las citadas normas referidas al ejercicio de la actividad notarial y registral), no existen en la actualidad normas de Derecho internacional público, de Derecho de la Unión Europea, o contenidas en convenios o instrumentos internacionales, donde se regulen aspectos relativos a la prueba del Derecho extranjero⁶. Dicho esto, y centrados en la aplicación judicial del Derecho extranjero, podría considerarse a primera vista que poco aportó el artículo 33 LCJIMC al panorama que ya existía en torno a la aplicación y prueba del Derecho extranjero⁷.

5. Sin embargo, lo cierto es que ello no se ajusta a la realidad, pues algunas cuestiones de indudable interés práctico sí fueron introducidas en la regulación contenida en el artículo 33 LCJIMC. Así, de entrada, podríamos destacar estas tres.

6. En primer lugar, la inclusión de una referencia expresa en el artículo 33.2 LCJIMC al uso, por parte de los órganos judiciales, del criterio de valoración de las “reglas de la sana crítica” de la prueba practicada para determinar su valor a los fines de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero⁸. Con el establecimiento expreso de este criterio se persigue destacar la relevancia del papel del juez en este ámbito y el necesario equilibrio en la toma en consideración de los múltiples factores que inciden en la prueba de un Derecho foráneo. Es indudable que nos hallamos aquí ante una norma abierta, de gran flexibilidad, que sin duda precisará de concreción por parte de la jurisprudencia para su adecuado desarrollo.

7. En segundo término, se alude expresamente en el artículo 33.4 LCJIMC al medio de prueba que representan los “informes” o “dictámenes” emitidos sobre Derecho extranjero, aunque, naturalmente, carecerán de alcance vinculante para el órgano jurisdiccional. Con esta nueva norma se abría la puerta a posibles concreciones de este medio de prueba siempre que, conforme a las reglas de la sana crítica, el juzgador considere debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero, hallándose entre tales concreciones los informes o dictámenes elaborados por juristas⁹. Así se había venido admi-

asunto ha sido, es, y será el auténtico talón de Aquiles de todo sistema de Derecho internacional privado” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *La Ley Digital*, 15139/2018, de 23 de enero de 2019, p. 2).

⁵ Respecto de la referencia en dicho precepto de la LEC a que la autoridad judicial española puede valerse de “cuantos medios de averiguación estime necesarios” para la aplicación del Derecho foráneo, hemos de entender que, con las salvaguardas que ello requiere, uno de dichos medios pueden ser considerados las Webs oficiales en que se contiene información oficial sobre ordenamientos nacionales, cual es el caso de las auspiciadas por la Unión Europea, que facilitarían enormemente esta tarea a los jueces; quizás se haya perdido la oportunidad de indicarlo así en el preámbulo de la LCJIMC para un uso más generalizado y práctico de estos medios en sede jurisdiccional.

⁶ De ahí que A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ hayan puesto de manifiesto que realmente el artículo 281.2 LEC constituye “la bóveda de todo el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español” (*Derecho internacional privado*, vol. I, 16^a ed., Granada, Comares, 2016., pp. 536-537).

⁷ Por ejemplo, podía haberse aprovechado la oportunidad para haberse añadido al contenido y a la vigencia el requisito de la prueba, la necesidad de acreditar la interpretación del Derecho foráneo, requisito creación de nuestra jurisprudencia (*infra*). Ello podría considerarse como una desautorización por el legislador hacia tal doctrina; en sentido contrario, M.C. VAQUERO LÓPEZ critica a éste por no haber incluido en el artículo 33 LCJIMC la exigencia de la interpretación y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero (“Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2015, p. 217).

⁸ No obstante, una objeción al criterio de la sana crítica en esta sede se contenía en la p. 13 del Informe del Consejo Fiscal de 20 de septiembre de 2014 sobre el anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/25_09_2014_Informe_CF_Cooperacion_jur%C3%ADdica_Internacional_materia_civil?idFile=ce5bb0d3-8f5c-4a1c-8cda-28d6cea4ccde).

⁹ Los artículos 35.2 y 36.2 LCJIMC, en sede de información sobre el Derecho extranjero y español, aluden de manera expresa a dictámenes periciales de “juristas expertos”.

tiendo *de facto* en nuestros tribunales, por ejemplo, al considerarse acreditado el contenido y vigencia de un ordenamiento foráneo mediante dictámenes emitidos por profesores universitarios¹⁰.

8. Finalmente, y sobre este aspecto versará el núcleo del presente trabajo, de no menor trascendencia resulta la solución consagrada en la LCJIMC ante la falta de acreditación por las partes -o, en su caso, el juez- del contenido y vigencia del Derecho extranjero en el marco de un *corpus* normativo heterogéneo, si no contradictorio¹¹. Así, establece el artículo 33.3 LCJIMC como regla general la “facultad” de la autoridad española de aplicar el Derecho español en los casos en que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, lo que, en teoría, debería requerir de aquélla la ponderación de las circunstancias objetivas y subjetivas -en particular la actitud de las partes- en el caso concreto para ejercer o no tal facultad¹². Se persigue así tanto la evitación de una denegación de justicia, que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, como la búsqueda de la efectiva tutela judicial¹³. Esta solución, no carente de importantes críticas *infra*-, se entiende que ha de ser utilizada “con carácter excepcional”¹⁴, si bien la frecuencia con que en la práctica no se prueba el contenido y vigencia del Derecho extranjero -bien por razones objetivas, bien por motivos intencionados- nos hacía pensar que, en principio, su utilización por los tribunales podría resultar algo más que excepcional¹⁵. En cualquier caso, ha de estarse a la interpretación que realicen los tribunales de ese carácter “excepcional”, esto es, de cuándo se entenderá que realmente no ha podido acreditarse el Derecho extranjero para que entre en juego la solución prevista, algo que, como veremos, podemos considerar que está resultando algo más que decepcionante a tenor de nuestra jurisprudencia más reciente.

9. Una vez señaladas las principales novedades que se introdujeron por el artículo 33 LCJIMC, ha de indicarse sin embargo que la nueva regulación dada por el legislador, en particular en lo que hace

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ se refieren como ejemplos de acreditación del Derecho aplicable al régimen económico de sendos matrimonios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de diciembre de 2005, que admitió un dictamen sobre el ordenamiento marroquí de la profesora P. DIAGO DIAGO, de la Universidad de Zaragoza, y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2009, que hizo lo propio con un dictamen del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, sobre el ordenamiento del Estado de Ohio (*Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 481).

¹¹ En efecto, así, en tanto que el artículo 100.2 de la Ley del Registro Civil de 2011 señala que la falta de acreditación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero aplicable a los hechos y actos relativos al estado civil supondrá la *denegación de la inscripción* de éstos, por su parte, el artículo 67.1 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en la redacción aportada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) indica que “(c)uando no se haya podido determinar el contenido de la Ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la Ley material española”. Quizás la explicación a esta disparidad de criterio podría encontrarse en el hecho de que mientras en el primer supuesto el rigor que exige la estabilidad y seguridad del estado de la persona desaconseja no modificar su situación registral si no se prueba el Derecho extranjero, en el segundo el *animus protectionis* de la parte débil aconseja no privar a ésta de un derecho por la ausencia de prueba del ordenamiento extranjero, procurándole en todo caso la aplicación del Derecho español a fin de garantizarle el disfrute de tal derecho. En relación a esta última disposición véase un análisis crítico en P. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016) nº 1, pp. 100-101.

¹² Extiende P. DE MIGUEL ASENSIO esta solución también a los supuestos de imposibilidad jurídica de aplicación del Derecho extranjero, típicamente como consecuencia de la reserva de orden público (“Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>).

¹³ Señala el Preámbulo LCJIMC que, de entre las dos soluciones que en esencia se dan a este controvertido aspecto en la práctica forense -la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*-, la nueva Ley “se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva”.

¹⁴ Por ello entiende el Consejo de Estado en su referido Dictamen que la decisión del órgano judicial de aplicar subsidiariamente el Derecho material español en tanto que *lex fori* debería estar en todo caso “suficientemente motivada” (p. 11).

¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia M.C. VAQUERO LÓPEZ, (“Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *cit.*, p. 217). Sin embargo, de contrario parecer es el Preámbulo de la Ley, que señala que “(d)ebe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”. En el mismo sentido de “excepcionalidad” en la aplicación se pronuncian A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 579-580).

a la solución en caso de no acreditación del Derecho extranjero, dará lugar a que en la práctica sigan surgiendo grandes incertidumbres. Y ello en tanto que, como veremos, las tradicionales cuestiones que se venían históricamente planteando en este ámbito no han sido objeto de un tratamiento claro y, por lo tanto, de una solución diáfana, en la LCJIMC. Tendremos ocasión de ver cómo la solución no está ni mucho menos cerrada en nuestro sistema y podremos constatar cómo, desafortunadamente, y al menos hasta la fecha, la teórica nueva solución que venía a traer el artículo 33.3 LCJIMC, ha quedado casi en papel mojado dada la actitud mostrada con carácter mayoritario por nuestra jurisprudencia menor.

III. La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles

10. En este punto, y dada la conexión con la materia que tratamos, resulta conveniente destacar, por un lado, cuáles son los medios que en nuestro sistema procesal disponen las partes para la acreditación de un Derecho extranjero¹⁶, por otro, cuál debe ser el papel del juez en todo ese proceso y, finalmente, cómo debe éste valorar la prueba que se haya practicado en aras a la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero.

1. Los medios de prueba del Derecho extranjero

11. Si nos atenemos a la literalidad del artículo 281.2 LEC y de los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 33 LCJIMC parece claro que la prueba del Derecho extranjero se refiere a la acreditación de su “contenido” y “vigencia”. Sin embargo, tradicionalmente la práctica jurisprudencial española ha considerado que también ha de probarse la manera en que el Derecho extranjero es interpretado y aplicado por los jueces y demás operadores jurídicos del país de tal ordenamiento¹⁷. Es decir, como resalta C. ESPLUGUES MOTA recogiendo una reiterada jurisprudencia, se trata con ello de que a los tribunales españoles no les suscite “la menor duda razonable” la aplicación al caso de un Derecho extranjero¹⁸.

12. Así las cosas, tanto el artículo 281.2 LEC como el artículo 33 LCJIMC guardan un absoluto silencio sobre los concretos medios que pueden ser utilizados por las partes para la prueba del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero¹⁹. Ante la falta de previsión específica podrán ser utilizados los medios contemplados con carácter general en el artículo 299.1 LEC, no existiendo una lista cerrada de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. No obstante, entendemos que los mecanismos de prueba más apropiados de los recogidos en el Ley de Enjuiciamiento Civil serían los documentos públicos (art. 317); los documentos privados (art. 324); en especial, el dictamen pericial (art. 335) y, en su caso, la declaración de un testigo-perito (art. 370.4)²⁰.

¹⁶ La doctrina, tras la entrada en vigor de la LCJIMC se refiere a la existencia de un doble sistema de regulación de la prueba del Derecho extranjero en España: por un lado, el “sistema de textura abierta” (contenido en el art. 281.2 LEC, también denominado regulación “de líneas generales”) y, por otro, el sistema reglamentista (el del art. 33 LCJIMC). Sin embargo, éste último, ni ha colmado todas las lagunas del artículo 281.2 LEC, ni las que ha colmado lo ha hecho de un modo acertado (A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000, *Diario La Ley*, núm. 6178, 28 de enero de 2005 p. 2 y A.L. CALVO CARAVACA, “La aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, núm. 2, p. 138). En parecido sentido, E. CERRATO GURI, “La prueba del derecho extranjero: un problema que sigue sin resolverse”, *Justicia*, 2016, núm. 1, pp. 303-334

¹⁷ Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 (Id vLex: VLEX-26673136).

¹⁸ Lo cual pudiera acontecer en el caso de que se admitiera que fuese suficiente la mera prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero sin tener en cuenta la realidad seguida en su aplicación práctica en el Estado de origen de tal Derecho (C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 358).

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ se refieren, más que a la prueba, a la acreditación del Derecho extranjero, pues la prueba es una actividad diseñada exclusivamente para los hechos procesales, no siendo el Derecho extranjero para ellos un mero hecho procesal (*infra*), por lo que su acreditación no debe seguir de manera estricta las reglas sobre prueba de los hechos procesales (*Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 546-547).

²⁰ En relación al desconocimiento del Derecho extranjero por parte del tribunal, y por lo tanto, a la imposibilidad de su aplicación, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ plantea tres posibles supuestos: a) en primer término la “indeterminación en sentido

13. Y dejamos al margen los medios de prueba de los que puede valerse el propio tribunal para la acreditación del Derecho extranjero²¹, por lo que nos referimos ahora exclusivamente a los medios que las partes pueden utilizar con más éxito para su acreditación. Y hemos de reiterar que actualmente cualquier medio de prueba es válido, en principio, para probar el Derecho extranjero, siempre que éste sea acreditado con certeza, esto es, que al tribunal no le quede duda razonable alguna sobre la procedencia de su aplicación al caso²². Veamos la operatividad de los mencionados medios de prueba en este ámbito.

A) Documentos públicos

14. Los documentos públicos que se suelen utilizar son, bien certificaciones expedidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional del Ministerio de Justicia español sobre el contenido del Derecho extranjero (aunque éstas sólo pueden ser solicitadas por el tribunal); bien certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos extranjeros acreditados en España, las cuales deben ser presentadas legalizadas y traducidas al español (arts. 323.3 y 144, respectivamente, LEC); o bien certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo Derecho se pretende probar.

15. Normalmente a través de la prueba documental pública lo que se trata de probar es el contenido del Derecho extranjero mediante la transcripción literal de los preceptos alegados -lo cual también se puede hacer mediante la documental privada-, así como su vigencia mediante diligencia de la autoridad emisora sobre tal aspecto recogida en el propio documento²³. Más dificultad entraña acreditar mediante este medio de prueba la interpretación dada en el país de origen al Derecho extranjero, pero, como indica P. DIAGO DIAGO, es evidente que la acreditación debe ajustarse al caso concreto y que, en ocasiones, el contenido de la norma extranjera no exigirá una interpretación especial que conlleve la necesidad de aportar muchos más elementos que la propia normativa extranjera vigente. En estos supuestos puede ser suficiente acreditar el Derecho extranjero a título documental²⁴.

débil”, donde el juez conoce el enunciado normativo pero, no obstante, tiene dudas sobre su validez o interpretación; b) en segundo lugar sitúa al “conocimiento incompleto”, que se produce cuando el juez ignora algún aspecto esencial para la aplicación del Derecho extranjero: el enunciado normativo, la interpretación o las obras doctrinales; c) finalmente, la “indeterminación en sentido fuerte”, la cual tiene lugar cuando una vez agotados los medios de investigación judicial del Derecho extranjero, su contenido resulta imposible de determinar (*Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 60-66)

²¹ El juez de oficio también puede “colaborar” en el proceso de prueba del Derecho extranjero de varias maneras: a) solicitando una certificación sobre el contenido del Derecho extranjero a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia; b) haciendo uso de los instrumentos internacionales existentes al efecto (en particular, el Convenio de Londres, de 7 de junio de 1968, sobre información del Derecho extranjero y la Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979), c) acudiendo a los puntos de contacto previstos en la Red Judicial Europea, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo. En defecto de instrumento supraestatal, la LCJIMC contiene un Título III destinado a regular el procedimiento al través del cual nuestros órganos judiciales pueden cursar solicitudes de información sobre vigencia y contenido del Derecho extranjero vía autoridad central española (art 35), así como el procedimiento para facilitar información del Derecho español a autoridades extranjeras (art 36), o d) accediendo al Derecho extranjero a través de la propia información contenida en la Web del Consejo General del Poder Judicial (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019; ECLI: ES:APB:2019:11724A).

²² Un estudio más detallado sobre los distintos medios de pruebas utilizables por las partes para la acreditación del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero, así como sobre el momento procesal oportuno a tal efecto, puede verse en F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *Revista General del Derecho*, núm. 678-679 (marzo-abril 2001), pp. 2352-2356.

²³ Para un análisis más extenso sobre los documentos públicos extranjeros y los problemas que plantean como medio de prueba del Derecho extranjero *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 234-236.

²⁴ “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 541.

B) Documentos privados

16. La acreditación del Derecho extranjero puede llevarse a cabo también mediante documentos privados (por ejemplo, una obra doctrinal, una colección de leyes, etc.) y su valoración será apreciada en cada caso libremente por el juez atendiendo a las circunstancias particulares que concurran y, como siempre, a las reglas de la sana crítica. Ha de significarse que, a estos efectos carecen de valor las fotocopias de normas aisladas extranjeras y las traducciones privadas de textos legales extranjeros, por lo cual, en principio no permiten de por sí acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

17. En cualquier caso, entendemos que no es este el medio más adecuado y fiable para la acreditación del Derecho extranjero, aunque sí pueda resultar de utilidad en determinados casos que no presenten excesiva complejidad en cuanto a la prueba, si bien lo aconsejable sería que el documento privado se aportase junto a algún documento público o dictamen pericial, esto es, como complemento de éstos. En este marco ha de destacarse también el entorno digital creado por el portal europeo de E-justice, pensado para ser una auténtica ventanilla en el ámbito de la justicia ofreciendo información al ciudadano sobre los sistemas jurídicos, y mejorando el acceso a la justicia en la Unión Europea²⁵.

C) Prueba pericial

18. La prueba pericial constituye sin duda uno de los medios tradicionalmente más utilizados a la hora de acometer la prueba del Derecho extranjero²⁶. Normalmente son informes o dictámenes redactados por expertos jurídicos del país cuyo Derecho se pretende acreditar, pero ello no es requisito para admitir su validez. Los dictámenes suelen ser realizados por abogados en ejercicio, por académicos o por cualquier otro experto en el sector del Derecho extranjero que se pretende probar ante el tribunal español²⁷. El dictamen pericial quizás sea el medio de prueba más adecuado en cuanto que a través del mismo se puede acreditar tanto el contenido como la vigencia del Derecho extranjero, pero también, sobre todo, su interpretación y adecuación al caso concreto, aspecto éste que difícilmente se puede probar solo mediante prueba documental.

19. Ha de indicarse que actualmente se ha superado la clásica jurisprudencia que requería para probar el Derecho extranjero una prueba cumulativa pericial y documental. Desde que entró en vigor la actual Ley de Enjuiciamiento Civil es frecuente encontrarnos con supuestos donde la acreditación del Derecho extranjero tiene lugar mediante la práctica de una sola prueba, normalmente documental o, preferentemente, pericial.

2. La actitud del juez ante la prueba del Derecho extranjero

20. Como punto de partida, la función que debe desempeñar el juez en el proceso de prueba del Derecho extranjero se ha visto tradicionalmente condicionada por la consideración que se tenga del

²⁵ Como indica P. DIAGO DIAGO, el portal debe constituir una herramienta muy útil para la acreditación de ordenamientos de nuestro entorno, “cuya aplicación reclamará en muchas ocasiones la norma de conflicto, y cuyo conocimiento es, y debe ser accesible” (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 543).

²⁶ De dicha trascendencia da fe la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, en la que, en relación a la prueba del Derecho inglés, se indicó: “la parte demandada no ha probado ni la vigencia, aplicación e interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que puede hacerse en el Reino Unido” (ECLI: ES:APTF:2020:1229; F.D. 3, pfo. 1).

²⁷ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2021 se acreditó la vigencia, validez e interpretación del Derecho extranjero mediante un dictamen jurídico aportado por el demandante sobre la aplicación de las normas de la legislación vigente de la Federación Rusa en relación con un convenio regulador de una deuda (*payments Agreement*). El dictamen, que fue acompañado de una traducción jurada, fue emitido en Moscú por expertos en Derecho de la Federación Rusa, abogados en ejercicio del despacho colectivo de abogados de la provincia de Rostov “Sovetnik” (ECLI:ES:APM:2021:5466; F.D. 2, punto 3, pfo. 10).

Derecho extranjero: si éste es tratado como un mero “hecho” la carga de la prueba debe recaer sobre las partes y el juez jugará un papel pasivo; por el contrario, si se estima que estamos ante un auténtico “derecho”, la intervención más activa del juez se podría entender justificada por encontrarnos ante una obligación derivada de la regla *iura novit curia*²⁸.

21. El artículo 281 LEC diferencia claramente entre la prueba de los “hechos”, por una parte, y la prueba de la costumbre y del “Derecho extranjero”, por otra. Sin embargo, el referido precepto no deja lugar a la duda de que tal Derecho “deberá ser probado en cuanto a su contenido y vigencia”; y, en relación a esa prueba, del artículo 33.3 LCJIMC se deduce claramente que, en principio, la carga de la prueba corresponde, con carácter general, a las partes. Y ello frente a lo dispuesto en el artículo 281.2 LEC, donde únicamente se establece que el Derecho extranjero debe ser probado en cuanto a su contenido y vigencia, pero sin hacerse referencia expresa alguna a “las partes” como los obligados a realizar dicha prueba, aunque después, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hayan sido unánimes en considerar que dicha obligación recae sobre aquéllas²⁹.

22. En este escenario entre “hecho” o “derecho” en torno a la naturaleza del Derecho extranjero, parece que éste recibe un tratamiento “híbrido” en nuestro sistema procesal³⁰, y ello en cuanto que, aunque parece que el legislador le otorgue en principio la misma consideración por lo que respecta a su prueba que el establecido para los hechos, lo cierto es que nos encontramos ante un derecho, si bien extranjero³¹. Parece evidente que, aunque a priori pudiera parecer que el régimen de prueba del Derecho extranjero en nuestro sistema es el previsto para los hechos procesales, es claro que el Derecho extranjero no es un simple hecho procesal, no desarrollando en el proceso la función típica de los hechos procesales, sino una función claramente jurídica, de decisión sobre el fondo del asunto³². El Derecho extranjero es derecho, y no puede perder su naturaleza en virtud de su alegación y aplicación en un proceso para la solución de un conflicto jurisdiccional³³. De ahí que no pueda equipararse el tratamiento jurídico de los hechos procesales con el de la prueba del Derecho extranjero³⁴.

²⁸ Sin embargo, dudamos que este principio alcance al Derecho extranjero, pues no se puede exigir a los jueces de un país que conozcan el Derecho de otro país, ello es algo impensable. En contra P.-P. MIRALLES SANGRO, para quien a la norma extranjera -y teniendo en cuenta el tratamiento procesal *sui generis* que ha de darse al Derecho extranjero como “hecho”- le debería ser aplicable el referido principio, convirtiéndose precisamente ello en el eje central de la tutela judicial efectiva en relación a la aplicación del Derecho extranjero en el proceso (*Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 205-209). Pero, en cualquier caso, lo que no parece discutible es que el Derecho extranjero es derecho, y es el que en su caso debería aplicarse para la resolución del fondo del asunto sometido a litigio, por lo que ha de acreditarse su contenido y vigencia (A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., cit., pp. 532-533).

²⁹ En particular, sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La carga de la prueba del Derecho extranjero. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 713-743.

³⁰ J.C. FERNÁNDEZ ZOSAS y S. SÁNCHEZ LORENZO mantienen que el Derecho extranjero tiene una consideración procesal “peculiar”, viniendo a ser un *tertium genus* entre el derecho y los hechos (*Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 173).

³¹ Posición en torno al carácter de “derecho” del Derecho extranjero ya mantenida en su momento por el maestro J.A. CARRILLO SALCEDO (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 257).

³² Al respecto *vid.* P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *Diario La Ley*, 11 de diciembre de 2020, Especial La Ley Probática, núm. 2 (octubre-diciembre 2020), pp. 15-19.

³³ *Vid.* P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, cit., pp. 182-183. Como se indica en la sentencia del TSJ de Navarra de 19 de mayo de 2021, “(...) la aplicación del derecho -actual o histórico, nacional o extranjero- aplicable al caso no depende de su alegación por las partes, sino de la exigencia legal derivada de la regla *tempus regit actum* y de las normas de conflicto aplicables a las relaciones con conexión internacional. La falta de alegación y prueba de normas jurídicas extranjeras o nacionales, aun sin vigencia actual, no impide su aplicación al tribunal que las conozca, por su propia formación, por el estudio que lleve a cabo o por la información o ilustración que las partes puedan ofrecerle en el proceso” (ECLI: ES:TSJNA:2021:216; F.D. 4, 1, *in fine*).

³⁴ Como nos ilustra F. GARAU SOBRINO, el Derecho extranjero es derecho, pero no le es aplicable su mismo tratamiento procesal ni tampoco el de los hechos. A pesar de ser derecho, el Derecho extranjero debe ser alegado y probado; la cuestión radica en determinar sobre quién recae la carga de la prueba y los distintos aspectos procesales relacionados con ello. Para el referido autor, partidario del sistema de colaboración partes-tribunal, “recaería sobre las partes el *onus probandi* de su contenido y vi-

23. En tal sentido se habla de la existencia en nuestro sistema de un “modelo mixto” de colaboración entre el tribunal y las partes para la acreditación del Derecho extranjero. Y quizás este modelo sea el que en la actualidad mejor garantice su aplicación efectiva, habiendo sido el adoptado, con algunos matices, en la mayor parte de los Estados, sobre todo en aquellos que disponen de una ley especial de Derecho internacional privado: así, en la Ley italiana de Derecho internacional privado de 31 de mayo de 1995 (art. 14); en el Código belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 (art. 15) o en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 16). Y es clarificador al respecto que en el propio Preámbulo de la LCJIMC se establezca que “(n)uestro sistema se caracteriza por ser un *sistema mixto* que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios”³⁵. Y es en este escenario de *tertium genus* respecto a la consideración del Derecho extranjero sobre el que se plantea la cuestión relativa al papel -más o menos activo- que está llamado a jugar el juez. Por desgracia la jurisprudencia constitucional al respecto es poco aclaradora, no resultando de ella una posición diáfana: no se recoge un deber expreso del juez de colaborar con las partes en la acreditación del Derecho extranjero, a salvo del supuesto en que la parte obligada a la prueba hubiese actuado con acreditada diligencia, en cuyo caso la “colaboración” por parte del juez debería ser exigible³⁶.

24. No obstante, siendo la regla general la necesidad de que las partes prueben el contenido y vigencia del Derecho extranjero, lo cierto es que existen algunas excepciones a ello: así, en los casos en los que el tribunal ya sea conocedor del mismo (por ejemplo, por haberlo aplicado en procesos anteriores cercanos en el tiempo y conocerlo de modo indubitado) o en casos en que la información necesaria para su aplicación no resulte compleja y sea de público conocimiento y de fácil acceso (así, ordenamientos extranjeros contenidos en páginas Webs oficiales accesibles para)³⁷.

25. Analizando la cuestión desde la perspectiva puramente procesal, cuando el artículo 281.2 LEC establece que, en relación a la prueba del Derecho extranjero, el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, la propia norma procesal pone a su disposición momentos procesales e instrumentos suficientes para hacer valer dicha posibilidad³⁸. Así, por lo

gencia, sin que ello excluya la actuación del órgano jurisdiccional en orden a su aplicación” (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 2346-2347). Un compendio de las diversas posiciones doctrinales sobre las reglas del *onus probandi* y la capacidad de iniciativa del juez en relación a la prueba del Derecho extranjero puede verse en P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 201-205.

³⁵ Ha de indicarse que la doctrina, de manera mayoritaria, también se ha mostrado favorable al modelo mixto o híbrido, así M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista General del Derecho*, n° 541-542, 1989, pp. 6247-6314; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, n° 12, 2002, pp. 420-430; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, pp. 62-63 y M. CRISTINA SANZ, “La prueba del derecho extranjero ante tribunales civiles españoles (1)”, *Diario La Ley*, núm. 9670, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2020, p. 2.

³⁶ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la prueba del Derecho extranjero *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, n° 1, pp. 205-223; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *cit.*, pp. 414-418; L. CARRILLO POZO, “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera”, *Aranzadi Social*, 2003, n° 7-8, pp. 53-84; V. CUARTETO RUBIO, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21-71; A. DESDENTADO BONETE, “¿Otro cierre en falso? La prueba del Derecho extranjero”, *Diario La Ley*, núm. 6188, 11 de febrero de 2005, pp. 1-2 y A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238, 25 de abril de 2005, pp. 1-11. *Vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 10/2000, de 17 de enero de 2000; 155/2001, de 2 de julio de 2001; 33/2002, de 11 de febrero de 2001 y 172/2004, de 18 de octubre de 2004.

³⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019 indicó al respecto que: “sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema (...), el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce” (ECLI: ES:TS:201956; F.D. 3, punto 1). Al respecto *vid.* P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 195-196.

³⁸ Respecto a los instrumentos de que dispone el juez para la acreditación del Derecho extranjero *vid.* nota 21.

que hace a los momentos procesales, puede actuar en la audiencia previa en el procedimiento ordinario, si considera que las pruebas propuestas pueden ser insuficientes, el juez tiene la facultad de advertirlo y señalar a las partes la prueba o pruebas que considere más apropiadas (art. 429.1.III LEC); o en el trámite de diligencias finales puede el juez adoptar, mediante auto, la práctica de determinadas actuaciones probatorias que pueden afectar a la acreditación del Derecho extranjero (art. 435 LEC); en el juicio verbal el juez tiene la facultad de indicar a las partes la práctica de determinadas pruebas también *ex* artículo 429.1 LEC³⁹; por último, en los procesos especiales se permite al juez adoptar cuantos medios de prueba estime pertinentes, y ello con independencia de los solicitados por el Ministerio Fiscal o las partes (art. 752.1.II LEC)⁴⁰.

26. Diseñada así a nuestro entender la exigencia del deber de colaboración del juez con las partes para la averiguación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, nos podríamos encontrar ante una posible vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en dos supuestos: a) por un lado, y dado que el derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas (STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 246/1994, de 19 de diciembre y STC 1/1992, de 13 de enero), en el caso de que el tribunal no admitiese pruebas en aras a la acreditación del Derecho extranjero que fuesen pertinentes o, que, de haberlas admitido, no fuesen practicadas por causas no imputables a la parte (STC 246/1994, de 19 de diciembre y STC50/1988, de 22 de marzo); b) por otro, en el caso de que habiendo una parte fundado debidamente sus pretensiones en un Derecho extranjero y actuando con diligencia en lo que hace a la averiguación de su vigencia y contenido, el juez denegase las pretensiones de la parte por la no prueba del Derecho extranjero, cuando dicha deficiencia fuese resultado directo de la no colaboración injustificada por parte del juez (STC 155/2001, de 2 de julio)⁴¹.

3. La valoración de la prueba: la “regla de la sana crítica”

27. Concluida la actividad probatoria, corresponderá a los tribunales determinar el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”, noción ésta recogida de manera novedosa en el artículo 33.2 LCJIMC y que conforma una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción del juez⁴². Los medios de acreditación del Derecho extranjero serán libremente apreciados por el tribunal, el cual realizará una valoración sobre la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba empleados con arreglo a la citada regla.

28. La regla de la sana crítica implica que en este ámbito no opera un sistema de prueba tasada, no encontrándose el tribunal vinculado por las pruebas practicadas. Y, redundando en la valoración

³⁹ En efecto, como indica F. GARAU SOBRINO, mientras las diligencias finales, previstas únicamente para el juicio ordinario, no son aplicables para el juicio verbal (art. 445 LEC), sin embargo, el artículo 429.1 LEC -incluido dentro de la regulación del juicio ordinario- sí es aplicable al juicio verbal a tenor del artículo 443.4, p. 2º LEC (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, p. 2348).

⁴⁰ Respecto al momento procesal en el que, en los distintos procedimientos, el juez puede llevar a cabo actuaciones en aras a la acreditación del Derecho extranjero *vid.* F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 2346-2352.

⁴¹ Una interesante valoración sobre la posición del juez ante la prueba del Derecho extranjero puede verse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de marzo de 2019: “(...) parece que la propia norma encomienda al juez un papel especialmente activo en orden a la averiguación del Derecho extranjero (...). Lo cual es perfectamente lógico, si tenemos en cuenta que, al aplicar el Derecho extranjero al que se remite la norma de conflicto de Derecho internacional privado español, no se hace otra cosa que aplicar la normativa española”, es más, yendo más lejos, se indica: “(...) el Derecho extranjero no tiene necesariamente que ser alegado y probado por las partes en el proceso para que el juzgador pueda aplicarlo a partir de la designación o remisión que al mismo haga la norma de conflicto” (ECLI:ES:APV:2019:431; F.D. 2, pfo. 12).

⁴² Sobre la regla de sana crítica *vid.*, entre otros, M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002; J.L. SEOANE SPIELGEBER, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007; J. LAZO CORDERO, “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena del Derecho*, v. 36, núm. 1, 2009, pp. 143-164 y F. ZUBIRI DE SALINAS, “¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 50, julio 2004, pp. 55-56.

conforme a las reglas de la sana crítica, ha de tenerse en cuenta que, a tenor del artículo 33.4 LCJIMC, “(n)ingún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”. Es decir, ni siquiera estos medios probatorios -que en principio pudieran presentarse como idóneos para la acreditación del Derecho extranjero- presentan un carácter vinculante para el tribunal, sino que, como no podía ser de otra manera, éste deberá valorarlos y decidir si, con fundamento en el contenido de los mismos, puede resolverse el litigio mediante la aplicación del Derecho extranjero, y ello sin ofrecerle dudas razonables⁴³.

29. En relación a la regla de la sana crítica, de muy sorprendente podemos considerar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 28 de octubre de 2019⁴⁴, cuando, ante un supuesto de posible aplicación del Derecho alemán en relación a la determinación de una pensión compensatoria, dispone que, tal como señala el artículo 281.2 LEC, el Derecho extranjero debe probarse por quien lo alega. Pero justo a continuación señala que, en defecto de prueba del Derecho extranjero, tal y como señala el artículo 33.3 LCJIMC se debe acudir “a las reglas de la sana crítica”, o, excepcionalmente, al Derecho español (F.D. 3, pfo. 3). Pues bien, ¿realmente establece eso el citado artículo?, evidentemente no: las reglas de la sana crítica, como hemos indicado, se utilizan para determinar el valor probatorio de la prueba practicada con el fin de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (artículo 33.2 LCJIMC). Esto es, en ningún caso las reglas de la sana crítica constituyen una especie de ordenamiento aplicable para suplir la eventual falta de prueba del Derecho extranjero. Se trata de algo realmente incomprensible⁴⁵.

30. Respecto a los documentos públicos ha de indicarse que, el hecho de que el artículo 319.1 LEC se refiera a la “prueba plena” que en principio se predica de los mismos, no significa que la afirmación que realice un funcionario público extranjero sobre el Derecho extranjero en un documento público deba ser tenida por cierta en todo caso. Lo que quiere decir es que la opinión recogida en tal documento no ha de ser puesta en duda en cuanto su veracidad y autenticidad. Es decir, lo que se recoge en informes contenidos en un documento público respecto a un determinado Derecho extranjero no puede ser puesto en duda en cuanto que hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que se documenten, de la fecha y de la identidad de las personas que intervienen en el mismo⁴⁶. Sin embargo, la valoración sobre la fuerza probatoria de lo dispuesto en el documento en cuanto a su contenido no dejará de estar sometida a la regla de la sana crítica a la hora de su consideración por el juez.

31. Hemos de concluir este apartado indicando que, en el hipotético supuesto de que una parte presentase una prueba sobre el Derecho extranjero y la otra parte no la impugnase, ello no implicaría que hubiera de aceptarse automáticamente por el tribunal el contenido y vigencia del tal Derecho, pues éste deberá decidir si dicha prueba es suficiente o no para causar tal efecto. En este sentido, no procede la prueba del Derecho extranjero mediante la doctrina de los hechos admitidos, dado que dicha doctrina sólo es aplicable respecto a los hechos (art. 281.3 LEC): lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta

⁴³ Como claramente indica el Tribunal Supremo en relación a los informes o dictámenes de juristas en la sentencia de 20 de julio de 2011, “una cosa es que la información sobre el Derecho extranjero pueda referirse a su contenido y alcance (art. 34 LCJIMC) y otra que esa información pueda resultar vinculante para el tribunal” (ECLI: ES:TS:2021:3073; F.D. 4, aptdo. 2, *in fine*).

⁴⁴ ECLI: ES:APIB:2019:2338.

⁴⁵ Y no nos encontramos ante un mero error puntual que pudiera justificarse por algún tipo de despiste, pues al margen de la incongruencia que supone en sí dicha afirmación, la Audiencia Provincial lo reitera más adelante en los mismos términos al final del fundamento de Derecho segundo: “Y hemos de recordar que tal y como hemos señalado precedentemente, en defecto de prueba del Derecho extranjero, tal y como señala el artículo 33.3 LCJIMC, se debe acudir a las reglas de la sana crítica (...)”. Está claro que los magistrados de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Palma no habían leído -o entendido- bien el contenido del artículo 33 LCJIMC.

⁴⁶ Sobre la eficacia material de los documentos públicos extranjeros mantiene F.J. GACIMARTÍN ALFÉREZ que la misma “(...) viene determinada por la *lex causae* (art. 323.3 LEC). El contenido de esos documentos se lee desde la *lex causae* y, en consecuencia, esta ley determina, por ejemplo, la necesidad de esos documentos como requisito de validez del negocio o de la producción de determinados efectos sustantivos” (*Derecho internacional privado, cit.*, p. 236).

que, una vez probado, el Derecho extranjero se erige en fundamento jurídico de las pretensiones de las partes y de la propia sentencia⁴⁷. Para que el tribunal aplique un Derecho extranjero ha de haberse previamente acreditado que lo que se va a aplicar es un Derecho extranjero, y no es de recibo que ello tenga lugar por un mero acuerdo entre las partes⁴⁸.

IV. ¿Y si no se acredita el contenido y vigencia del Derecho extranjero?

1. Planteamiento y posibles soluciones

32. Una de las novedades más interesantes que sin duda aportó el artículo 33 LCJIMC fue la recogida en su apartado 3º al establecer que, “con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Es el típico artículo en cuyo trasfondo existe una interminable literatura de doctrina y jurisprudencia en torno a una cuestión que, como tendremos ocasión de analizar, parece que no existe interés real en terminar de aclarar.

33. De entrada, ha de indicarse que los supuestos en los cuales resulte que no se acredite el Derecho extranjero pueden ser muy variados en su origen y motivación. Podríamos dividirlos en dos grandes grupos:

34. Por un lado, nos encontraríamos tanto con aquellos supuestos que implican actitudes pasivas o poco diligentes de las partes, supuestos en los que de una manera torticera aquéllas no alegan la aplicación del Derecho extranjero -siendo en teoría aplicable según la norma de conflicto-, como, con aquellos en los que, aun invocándolo, la parte obligada no realiza sin embargo una actividad probatoria mínimamente diligente en aras a tratar su acreditación ante el tribunal. Estos dos supuestos, bien individualizados, bien separadamente, son aquellos que sin duda más frecuentemente acontecen en la práctica.

35. Y por otra parte tenemos los supuestos que podemos considerar más extremos en los que resulta materialmente imposible la prueba del Derecho extranjero: así, son imaginables, entre otros, supuestos como el de la prueba del derecho de países en conflictos bélicos, o de países de reciente creación sin un ordenamiento conocido, o en los casos en que la prueba del Derecho extranjero comporta un coste excesivo, desproporcionado, exorbitante, y ello atendiendo a diversos factores⁴⁹.

36. Pues bien, en relación al primer bloque de supuestos se ha propuesto como posibles soluciones ante la falta de prueba del Derecho extranjero las siguientes⁵⁰:

37. En primer término, la aplicación de oficio por parte del juez del Derecho extranjero: se trata de una tesis contraria a la Ley pues, como hemos indicado, en nuestro sistema de Derecho internacional

⁴⁷ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 195, *in fine*. Respecto a la posibilidad de aplicar a la prueba del Derecho extranjero la teoría relativa a la prueba de los “hechos notorios”, los cuales están exentos de prueba conforme a la regla *notoria non eget probatione* vid. P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 191-195.

⁴⁸ En el caso de que se presentasen por las partes pruebas contradictorias acerca del Derecho extranjero (por ejemplo, sendos dictámenes de *Barristers* irlandeses sobre el contenido, vigencia e interpretación del Derecho irlandés), el tribunal en principio deberá decidir el medio de acreditación que le resulte más fiable y, en caso de mantener una duda insoluble, tendrá por no probado el Derecho extranjero, con las consecuencias que procedan (vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 548-549).

⁴⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 567-581.

⁵⁰ Un minucioso análisis sobre las diversas posibles soluciones que se han barajado ante la falta de prueba del Derecho extranjero puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, pp. 3-13.

privado, salvo supuestos muy excepcionales, son las partes las que tienen la carga de acreditar el Derecho extranjero⁵¹.

38. En segundo lugar, tenemos la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español como *lex fori*: se trata de una tesis avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el siglo XIX⁵², si bien hoy en día encontramos resoluciones del Tribunal Supremo en un sentido contrario a la misma⁵³. Se trata de una tesis que, a nuestro entender, aplicada con carácter general y automático, vulnera el carácter imperativo de la norma de conflicto (art. 12.6 CC)⁵⁴, comporta una gran inseguridad jurídica y favorece maniobras evasivas de la Ley por parte de litigantes proclives a actuar de mala fe⁵⁵.

39. Por último, nos encontramos con la tesis de la desestimación de la demanda: se trata quizás de la solución, al menos desde un punto de vista dogmático, más apropiada. Los argumentos a su favor son múltiples⁵⁶ y, ha sido la tesis mantenida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo⁵⁷. Además, interpretado *a contrario sensu*, parece la tesis más procedente a la vista de lo dispuesto en el artículo 33.3 LCJIMC, pues en el mismo sólo se prevé la aplicación sustitutiva del Derecho español en supuestos excepcionales -que no son los que ahora abordamos-, por lo que, al menos en principio, cabe prever que pudiera ser admisible la desestimación de la demanda en otros casos⁵⁸.

40. Por lo que atañe al referido segundo bloque de supuestos de imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, aquellos donde existe una imposibilidad real y manifiesta de acreditar el Derecho extranjero -no concurriendo ánimo especulativo alguno por las partes-, en principio habría que diferenciar si la norma de conflicto que nos ha remitido a tal Derecho tiene un único punto de conexión o cuenta con varias conexiones sucesivas en su aplicación: a) si la norma tuviera sólo un punto de conexión y el Derecho declarado aplicable no hubiera podido ser acreditado, entonces la única solución rigurosa que se ofrece es la aplicación de la Ley del Estado del foro, en nuestro caso, la Ley española; b) si, por el contrario, la norma de conflicto dispusiera de más de una conexión, habría que acudir al Derecho al cual

⁵¹ Esta tesis, que no respeta el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 282 LEC, tampoco cuenta con el apoyo favorable de la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 - ECLI:ES:TS:2005:3760-).

⁵² Por su parte, el Tribunal Constitucional nunca ha afirmado que esta tesis sea la única que encaje con la tutela judicial efectiva ante la falta de prueba del Derecho extranjero (sobre la tibia posición del Tribunal Constitucional en esta materia ver nota 36).

⁵³ En particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2010, que en un supuesto de aplicación del Derecho argentino estableció que cuando la demanda o reconvencción no va acompañada de la correspondiente prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero procede su desestimación “por cuanto se trata de un hecho constitutivo” (ECLI:ES:TS:2010:5162).

⁵⁴ Sobre la imperatividad del artículo 12.6 CC establece la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021 que, a tenor de dicho precepto, la Sala “está obligada a aplicar de oficio las normas de conflicto del Estado Español, al ser normas de *ius cogens*, y ello con independencia de que las partes no la hayan alegado”. Y más adelante se indica que al ser imperativa la norma de conflicto, “nada impide que pese a no haber sido alegada por ninguna de las partes, esta Sala deba proceder a su aplicación cuando claramente se deduce de los hechos que constan en autos” (ECLI:ES:APM:2021:9947: F.D. 2, pfs. 8 y 13).

⁵⁵ Como indica F. GARAU SOBRINO “(...) está claro que el Derecho positivo español parte del principio de indisponibilidad de las normas de conflicto”; esta claridad quedó más de manifiesto, si cabía, cuando se derogó el párrafo segundo del art. 12.6 CC y se dejó inalterado el párrafo primero, de donde se dedujo “una clara intención del legislador de seguir manteniendo el principio de un Derecho internacional privado imperativo” (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, p. 2345).

⁵⁶ Puede verse un profundo análisis de los mismos en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, ed., *cit.*, pp. 573-576.

⁵⁷ En efecto, esta fue la tesis defendida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entre los años 2001 y 2004 (STS de 22 de mayo de 2001, entre otras), hasta que la misma fue finalmente rechazada mediante STS de 4 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7119), dictada en unificación de doctrina, en una a nuestro entender errónea resolución consecuencia de una sesgada lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; la sentencia contó con dos votos particulares, ambos muy acertados, cuya lectura resulta muy recomendable.

⁵⁸ Sobre el ajuste constitucional de la solución consistente en la desestimación de la demanda en casos de no prueba del Derecho extranjero, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *cit.*, pp. 430-444.

nos condujera la aplicación de la segunda conexión, o, en su caso, la tercera o siguientes, hasta conseguir la acreditación de un Derecho aplicable.

41. En cualquier caso, en estos supuestos de indeterminación del Derecho extranjero “en sentido fuerte” la doctrina mantiene de una manera casi unánime que no procedería la desestimación de la demanda, pues, entre otros motivos -quedaría en entredicho el carácter jurídico del Derecho extranjero, supondría la imposición total de la carga de la prueba a las partes, etc.-, se incurriría en una situación de inadmisión de justicia contraria al art. 24 de la Constitución. Es decir, en estos casos, la aplicación sustitutiva de la *lex fori* impide males mayores que la transgresión de la imperatividad de las normas de conflicto recogida en el art. 12.6 CC⁵⁹.

2. La imprecisa respuesta del artículo 33.3 LCJIMC

42. Pues bien, en este contexto de posibles supuestos relativos a la falta de prueba del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero nos encontramos con el artículo 33.3 LCJIMC⁶⁰, y, aunque a nuestro entender la solución contenida en el mismo no haya sido todo lo clara y segura que hubiera sido deseable, pudiera parecer que nuestro legislador se decantó, aunque con importantes matices, por la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español⁶¹.

43. La norma, cuya redacción no es precisamente un prodigio de claridad, resultando algo ambigua, presenta además varias lagunas⁶², y, tal como adelantamos, contiene una solución que incluso no concuerda muy bien con algunas normas especiales de nuestro sistema. Por todo ello ya preveíamos que iba a resultar ciertamente compleja en su aplicación, y ello atendiendo a varios motivos⁶³.

44. En primer lugar, y en relación a la referida laguna, la norma no establece qué debe ocurrir en aquellos casos en los que no haya sido probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero por las partes -por ejemplo, por falta de diligencia en la actividad probatoria- y el juez no estime que concurra la “excepcionalidad” exigida por la norma⁶⁴. Pues bien, en tal supuesto entendemos que se deberían seguir planteando otras posibles soluciones como la desestimación de la demanda o la aplicación del Derecho al cual conduzca la posterior conexión, en el caso de que ello fuese factible. Es decir, los casos en los que no exista “excepcionalidad” continuarán siendo supuestos huérfanos de regulación legal. En otras palabras, en teoría el artículo 33.3 LCJIMC sólo ofrece soluciones para los supuestos en los que realmente resulte materialmente imposible para las partes probar el Derecho extranjero, incluso con el posible au-

⁵⁹ Por todos, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, *cit.*, pp. 67-69.

⁶⁰ El apartado tercero del artículo 33 es considerado por algunos como el “plato fuerte” del artículo 33 LCJIMC (P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 545).

⁶¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ ha puesto de manifiesto cómo, desgraciadamente, el artículo 33.3 LCJIMC, “que en principio iba a resultar el auténtico y milagroso bálsamo de Fierabrás idóneo para curar todas las dolencias del sistema español de prueba del Derecho extranjero, es un precepto decepcionante, que no ha resuelto nada al respecto” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 8). En parecidos términos, A.L. CALVO CARAVACA, indicó que “muchas eran las esperanzas depositadas en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil por lo que se refiere a las mejoras que podía introducir en el régimen jurídico de la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo, esta es la crónica de una decepción” (“Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, Sección Estudios, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 154-155).

⁶² Como señala G. PALAO MORENO, son diversas las cuestiones que no se abordan en la Ley. Así, quedarían fuera de su ámbito: el objeto de la prueba, el momento procesal oportuno para la aportación del Derecho extranjero, los medios de prueba utilizables, las cuestiones relativas a la carga de la prueba, las consecuencias que se derivan de la falta de prueba cuando existió la posibilidad de llevarla a cabo o los supuestos de prueba parcial del Derecho extranjero (“Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, p. 392).

⁶³ Para un análisis crítico en profundidad acerca del artículo 33.3 LCJIMC *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, pp. 147-154.

⁶⁴ *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 264 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 9.

xilio del tribunal⁶⁵. Además, al tratarse de una norma prevista exclusivamente para casos excepcionales de prueba imposible del Derecho extranjero, no puede ser aplicada analógicamente, por lo que no podrá utilizarse para fundamentar en la misma la aplicación del Derecho español en aquellos supuestos en que, por ejemplo, las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no hubieran querido hacerlo.

45. En segundo término, nos encontramos ante una norma de evidente carácter nacionalista y legeforista, que ha ignorado otras posibles soluciones que se barajaban por la doctrina, como la aplicación de la conexión subsidiaria de la norma de conflicto (si existiera) en el supuesto de que el Derecho designado por la primera conexión fuese de imposible acreditación. Al respecto, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ante la laguna legal tradicionalmente existente en nuestro sistema de Derecho internacional privado, ya se refería a las soluciones ofrecidas por la doctrina: bien la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, bien la aplicación de un Derecho “pariente” o “cercano”, bien la aplicación de unos principios generales del Derecho deducidos de un estudio de Derecho comparado o bien la aplicación de un Derecho uniforme⁶⁶.

46. Sin embargo, en el artículo 33.3 LCJIMC se optó finalmente como solución por acudir directamente a la aplicación sustitutiva del Derecho español. Como se ha reiterado, es una solución prevista sólo para supuestos “excepcionales” que en la práctica acontecen en muy raras ocasiones, no existiendo apenas casos en la jurisprudencia española en los que la prueba del Derecho extranjero -incluso con la “colaboración del tribunal- sea materialmente imposible⁶⁷. Por ello el artículo 33.3 LCJIMC puede ser considerado como una norma carente de sentido desde un punto de vista práctico, y máxime si tenemos en cuenta que son mucho más numerosos los supuestos en los que la inaplicación del Derecho extranjero viene dada por una actitud pasiva de las partes, supuestos que, como hemos indicado, siguen sin tener una regulación en nuestro sistema tras el artículo 33.3 de la LCJIMC. Veremos más adelante cómo la jurisprudencia está abordando -o ignorando- esta cuestión.

47. Para A.L. CALVO CARAVACA, debe entenderse que la circunstancia de la “imposibilidad de prueba del Derecho extranjero” está sometida al régimen general de la prueba (art. 282 LEC). En sintonía con ello afirma lo que sigue: *a)* la parte que sostiene que no puede probar el Derecho extranjero debe acreditar dicha imposibilidad de prueba; *b)* la parte que sostiene, en su caso, que sí es posible acreditar el Derecho extranjero, debe aportar los elementos que permiten dicha prueba; *c)* si una parte indica que es imposible probar el Derecho extranjero y, por tanto, litiga con arreglo al Derecho español, y la otra parte no indica nada al respecto y contesta también con arreglo al Derecho español, en realidad nada se ha probado, ni a favor ni en contra, ni por una parte ni por otra; el juez decidirá entonces sí, a su criterio, es imposible o no la prueba del Derecho extranjero, y *d)* si el juez concluye que es imposible probar el Derecho extranjero, entonces aplicará el Derecho sustantivo español⁶⁸.

⁶⁵ Al respecto mantiene F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ que “la aplicación de esta solución es enormemente problemática pues constituye casi una prueba diabólica o de hechos negativos: ¿cómo se demuestra que no se ha podido acreditar el contenido de la ley extranjera? El cumplimiento de esta carga no debe apreciarlo de oficio el juez, sino la parte interesada” (*Derecho internacional privado, cit.*, p. 240).

⁶⁶ No obstante, esas soluciones eran criticadas por el referido autor, quien mantuvo que la solución debía pasar por respetar los postulados del sistema conflictual y adaptarse a cada tipo de remisión: así, abogaba por la utilización de criterios de conexión subsidiarios deducidos del propio sistema de Derecho internacional privado y, sólo en el caso de que esta solución resultase infructuosa, se debería acudir a la aplicación de la *lex fori* como *ultima ratio* (*Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial, cit.*, pp. 69-72).

⁶⁷ Para R. MIQUEL SALA, no parece que esta norma permita en cualquier caso a las partes burlar la consecuencia jurídica prevista con carácter imperativo por la norma de conflicto mediante una actitud pasiva por lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero, sino que dicha solución debería reservarse primordialmente para los supuestos de “total indeterminabilidad del contenido del Derecho extranjero” (“Prueba pericial del Derecho extranjero ante los tribunales alemanes: una aproximación práctica”, *Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 10, p. 3). Por su parte, para S. SÁNCHEZ LORENZO y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS la regla general debe ser la acreditación y aplicación del Derecho extranjero indicado por la norma de conflicto. La aplicación del Derecho español en caso de falta de acreditación del Derecho extranjero es, en todo caso, “una solución residual y excepcional”, como establece el artículo 33.3 LCJIMC (*Derecho internacional privado, cit.* p. 186, *in fine*).

⁶⁸ “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, p. 144. Para L. PÉREZ LOSA, “la excepcionalidad a la que alude el precepto transcrito debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las

48. Finalmente, la propia redacción de la norma contenida en el art. 33.3 LCJIMC crea una evidente inseguridad jurídica. Así, se establece que en el caso excepcional de que no se pueda acreditar el Derecho extranjero “podrá” aplicarse el Derecho español. Parece pues evidente que en tales casos el juez no está imposibilitado para adoptar otras posibles soluciones, esto es, ni siquiera en tales casos calificados como excepcionales tendría la obligación de aplicar el Derecho español. Ello, lógicamente, genera una inseguridad jurídica para las partes, quienes van a desconocer *a priori* la solución efectiva que finalmente podrá seguir el juez ante la imposibilidad real de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

49. Así las cosas, de lo expuesto cabe concluir que la norma contenida en el artículo 33.3 LCJIMC, a pesar de lo que pudiera resultar de una primera y simple lectura, resulta de compleja aplicación. No es una norma que recoja en nuestro sistema abiertamente la solución aplicación de la *lex fori* para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero⁶⁹, sino que su aplicación va a quedar condicionada al cumplimiento de una serie de circunstancias, en particular, a la consideración por parte del órgano judicial del hecho de encontrarnos ante un supuesto definible como “excepcional”; para lo cual, habrá que abordar en primer tiempo qué es lo que se va a considerar incluido en tal concepto⁷⁰.

50. Ante una falta de prueba del Derecho extranjero por una clara negligencia de la parte que debe acreditarlo, la opción de aplicar el Derecho español conllevaría un flagrante incumplimiento del mandato del artículo 12.6 CC. Y si a requerimiento del tribunal para que, ex artículo 231 LEC, se aporte prueba suficiente y se subsane el defecto en que se incurre, la parte obligada a la prueba continúa pasiva, evidenciando una actitud fraudulenta o de mala fe, entonces, llegados a este extremo no se debería descartar la desestimación, debidamente fundamentada, de la demanda⁷¹. Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la desestimación de la demanda en casos flagrantes como estos constituye una respuesta plenamente fundada y motivada, pues toda demanda cuyo fundamento jurídico sea irreal, inexistente o incorrecto, debe ser desestimada, debiendo el tribunal, eso sí, fundamentar o justificar debidamente dicha decisión desestimatoria de las pretensiones⁷².

51. Desgraciadamente, y como tendremos ocasión de comprobar con el análisis que vamos a acometer a continuación, hasta la fecha la labor de la jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 33.3

normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad, cosa que favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el Derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto” (“La prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español”, *Economist & Jurist*, 20 de agosto de 2020, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-del-derecho-extranjero-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/>).

⁶⁹ De hecho, como acertadamente resalta P. DIAGO DIAGO, la misma Exposición de Motivos de la LCJIMC viene a señalar, a *sensu contrario*, que las situaciones “normales” deben ser aquellas en las que las partes consigan probar el Derecho extranjero (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 538).

⁷⁰ Como indica P. GONZÁLEZ GRANDA, “ese carácter excepcional permite defender una lectura interpretativa tal que se entienda que dicha solución -la de la aplicación sustitutoria del Derecho español- ha de ser utilizada ponderando las circunstancias que concurren en el caso concreto, para ejercer o no tal facultad (*podrá aplicarse el Derecho español*), interpretación que permitiría valorar la actitud de las partes, o mejor dicho, la *conducta procesal de las partes* con todo el provecho que podría extraerse de ello” (“Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero -en particular en materia de familia-”, *cit.*, p. 21).

⁷¹ El problema que se pudiera plantear es que el artículo 400 LEC podría impedir la interposición de una nueva demanda, pudiéndose ver afectado el principio general de tutela judicial efectiva (P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, pp. 551-552). A nuestro entender dicho problema no sería tal, teniéndose en cuenta que en este caso la demanda se desestimaría por falta de presupuesto, y, además, no se entraría a resolver en cuanto al fondo del asunto, al margen de que pudiera contemplarse la posibilidad de presentar una nueva demanda si la fundamentación fuese diferente (por ejemplo, planteándola de manera correcta en cuanto a la cuestión de la alegación y prueba del Derecho aplicable). J. CARRASCOSA GONZÁLEZ califica la cuestión de dudosa, pues el artículo 400 LEC prohíbe el llamado “goteo de procesos” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 7). En cualquier caso, en relación a esta discutible cuestión, lo que sí procedería sería llevar a cabo un análisis casuístico, lo cual debería acometerse de una manera clara y sin vacilaciones por parte de los tribunales.

⁷² “Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: Ethos, Pathos y Logos”, *CDT*, (octubre 2021), Vol. 13, núm. 2, p. 687.

LCJIMC no ha sido lo clarificadora que cabría esperar, habiendo aportado más bien poco en aras a despejar las dudas que ya se desprendían de la literalidad del precepto.

V. La jurisprudencia ante la falta de prueba del Derecho extranjero tras el artículo 33.3 LCJIMC

52. Desde que entró en vigor la LCJIMC, hace ya más de seis años, son múltiples las sentencias de las audiencias provinciales y juzgados que se han pronunciado sobre situaciones en las que teóricamente debería haberse aplicado un Derecho extranjero y a las que, a falta de prueba del mismo, habría que haber dado solución conforme a los criterios contenidos en su artículo 33.3. Las respuestas -o, en ocasiones, la ausencia de respuesta-, han sido muy variadas, encontrándonos con las situaciones que pasamos a exponer a continuación en un intento de búsqueda de una interpretación válida de la norma en cuestión.

53. Y dando una muestra de gran desconocimiento de nuestro Derecho positivo, sorprendentemente encontraremos numerosas resoluciones donde, siendo ya aplicable el artículo 33.3 LCJIMC, ni siquiera se hace alusión a la referida norma, acudiéndose directamente al artículo 281.2 LEC, que, sabido es, no aborda directamente el tema específico que ahora tratamos.

1. La posición de las audiencias provinciales

54. Vamos a exponer a continuación cuáles han sido los distintos posicionamientos de nuestras audiencias provinciales. De entrada, hemos de indicar que, como veremos, para la mayoría de las audiencias provinciales que se han pronunciado sobre el tema, el artículo 33.3 LCJIMC no existe, es una “norma fantasma” en nuestro ordenamiento, esto es, no se hace mención alguna al mismo en sus resoluciones. Y al respecto no cabría invocar la excusa de que cuando se iniciaron los procedimientos no se encontraba en vigor la LCJIMC porque, al margen de que en mayoría de los casos sí lo estaba ya, lo cierto es que, a tenor de su Disposición transitoria única, interpretada a *contrario sensu*, el Título II de la Ley, -donde está ubicado el art. 33-, se encuentra en vigor desde el 20 de agosto de 2015⁷³. Y, en el peor de los casos, entendemos que, al menos, se podía haber hecho alguna referencia al mismo aunque solo fuese a efectos interpretativos.

A) Resoluciones que, sin citar el artículo 33.3 LCJIMC, aplican el Derecho español

55. Así, en la sentencia de la Audiencia provincial de Tenerife de 19 de enero de 2018⁷⁴, en el caso de una reclamación de paternidad donde era aplicable el Derecho de la República Checa a tenor del artículo 9.4 CC, ante su falta de prueba, se acude al artículo 281.2 LEC, pasando por alto la existencia del artículo 33.3 LCJIMC, el cual ni es citado. En el caso, ante la falta de prueba del Derecho checo, y existiendo una inactividad total por la parte obligada a la prueba, sin embargo, la Audiencia concluyó

⁷³ Aclaramos esto en cuanto la Disposición transitoria única de la Ley 29/2015 (“Régimen aplicable a los procesos en tramitación”) especifica, por ejemplo, que el Título IV (“De la litispendencia y de la conexidad internacionales”) se aplicaría a las demandas que se presentasen ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley; o que el Título V (“Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”) se aplicaría a las demandas de exequátur que se presentasen ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera. Así pues, ha de entenderse que el Título II, respecto del que no se hace salvedad alguna, es aplicable desde el 20 de agosto de 2015.

⁷⁴ ECLI: ES:APTF:2018:55. Un comentario de la referida sentencia puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.*, pp. 8-9.

que “la falta de alegación y prueba consustancial determina la pérdida de oportunidad de que se aplique el Derecho checo”. Además, añadió que “como quiera que el tribunal no tiene obligación de practicar diligencias de averiguación *ex officio*, y que no existe prueba acerca del Derecho extranjero (...), la consecuencia es la aplicación del Derecho español, según ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia (...)”.

56. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 26 de febrero de 2018⁷⁵, en un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho alemán para la determinación del plazo de posible prescripción de una acción, el cual que no fue debidamente acreditado, resuelve aplicando directamente el artículo 281.2 LEC, sin hacer referencia de nuevo al artículo 33.3 LCJIMC. En tal caso, para la Audiencia no fue debidamente acreditado el Derecho alemán⁷⁶, resolviendo sin más que, “no acreditada la normativa alemana en materia de prescripción, debemos aplicar el Derecho patrio”. Y ni siquiera se hace referencia a la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a dicha tesis, entendiéndola ya como algo notorio.

57. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2018⁷⁷, en un supuesto de aplicación del Derecho alemán a una disputa comercial, ante la ausencia de prueba del referido Derecho, omite cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC y aplica el artículo 281.2 LEC para dar solución a la cuestión. Efectivamente, ante la ausencia de prueba del Derecho alemán por negligencia de la parte obligada a ello -que mantuvo una actitud totalmente pasiva al respecto-⁷⁸, estima que procede la aplicación del Derecho nacional atendiendo a la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto⁷⁹.

58. Por su parte, la sentencia también de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 2018⁸⁰, en el caso de un accidente de circulación por carretera acontecido en Francia, siendo aplicable el Derecho francés a tenor del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, solo considera el artículo 281.2 LEC en relación a la prueba del Derecho extranjero y a la solución en caso de ausencia de prueba -no se había acreditado el Derecho francés-, volviéndose a omitir cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC. En el caso, y sin que ni siquiera se hubiese intentado por las partes la prueba del Derecho aplicable, se optó por aplicar el Derecho español siguiendo la tradicional tesis del Tribunal Supremo sobre que “la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español”⁸¹.

59. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2018⁸², abordó un supuesto donde se había pactado que un contrato de préstamo se regiría por el Derecho luxembur-

⁷⁵ ECLI: ES:APGC:2010:531.

⁷⁶ Y ello a pesar de que se había aportado junto a la demanda un “dictamen jurídico”, el cual no fue considerado suficiente a efectos probatorios, pues, aunque se consideraron correctas las valoraciones contenidas en el mismo, ni se informaba ni se acreditaba sobre aquellos preceptos del Código civil alemán que debían ser tenidos en cuenta en orden a examinar la prescripción. Y es precisamente en estos casos en los que el juez nacional debe aplicar la normativa propia de otro Estado “cuando debe acreditarse con rigor por quien solicita su aplicación, su existencia y su vigencia”, lo que no aconteció en el caso de autos (F.D. 2, *in fine*).

⁷⁷ ECLI: APB:2018:2837.

⁷⁸ Es curioso que al respecto se indique en la sentencia que “las partes se han abstenido de forma absoluta y plena de todo intento de aportar o solicitar prueba al respecto, a través de documentos públicos y del informe elaborado y ratificado por jurisperitos expertos en el Derecho cuya aplicación se invoca, que tradicionalmente se estima prueba suficiente para acreditar la vigencia y contenido de la Ley extranjera que resulta de aplicación” (F.D. 3, pfo. 4). Con ello se volvía a poner de manifiesto la importancia de los dictámenes de expertos de cara a la prueba del Derecho extranjero, pero, sobre todo, se avaló la tesis que permite, ante la pasividad de la parte, dar lugar a la aplicación del Derecho español.

⁷⁹ En particular se refiere a las sentencias de 17 de abril de 2015 -ROJ: STS 1869/2015- y 20 de mayo de 2015 -ROJ: STS 3159/2015.

⁸⁰ ECLI: ES:APB:2018:6940.

⁸¹ Y exactamente lo mismo aconteció en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2019 (ECLI: ES:APML:2019:18), donde, ante la falta de prueba del Derecho marroquí en un caso de impugnación de un negocio simulado, se avaló, sin más, la aplicación del Derecho español. Y ello de nuevo sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC, que se encontraba plenamente en vigor.

⁸² ECLI: ES:APB:2018:6269A.

gués, legislación que debería ser la aplicable a la eventual demanda ante los tribunales de Luxemburgo solicitando la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento. Sin embargo, como ya constaba en el auto que se recurrió, no se había probado por el solicitante de unas medidas cautelares previas a la solicitud de resolución, el contenido y vigencia de dicho Derecho “en los términos previstos en el artículo 281.2 LEC”. Por ello, y con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 17 de abril de 2015 y otros citadas⁸³), se había concluido por el juez *a quo* que la falta de prueba de tal Derecho determinaba la aplicación del Derecho español. Ahora bien, para la Audiencia Provincial, tratándose de un procedimiento de medidas cautelares, desde dicha perspectiva se abordó erróneamente la concurrencia de los requisitos para la aplicación del Derecho extranjero y las consecuencias de su falta de prueba; y ello porque en el caso no estábamos ante un proceso declarativo, que necesariamente exigía un pronunciamiento sobre el fondo (y a tales supuestos se refería la jurisprudencia citada), sino ante unas medidas cautelares previas a la interposición de una demanda ante los tribunales de Luxemburgo sometida a la legislación de dicho Estado⁸⁴.

60. Interesante es el supuesto abordado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2018⁸⁵. En el mismo se había pactado entre las partes, en un caso de propiedad industrial, la aplicación del Derecho inglés (en concreto, la *Copyright, Designs and Patents Act, 1988*). Sin embargo, la demandante, que le correspondía la carga de la prueba, no realizó esfuerzo alguno por acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. En la apelación, la parte apelante alegó que no se había incorporado al proceso prueba alguna del Derecho extranjero, pero no extrajo ninguna consecuencia que derivase de tal hecho. Y para la Audiencia Provincial, en ningún caso esa ausencia de prueba podría conducir a la desestimación de la demanda, invocando la clásica jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español (de nuevo la sentencia de 17 de abril de 2015, con abundante cita doctrinal anterior). A nuestro entender, no es precisamente eso lo que se deduce del artículo 33.3 LCJIMC, que nuevamente vuelve a ser ignorado en el presente supuesto, sin ni siquiera merecer una mínima referencia.

61. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2019⁸⁶, en otro supuesto de responsabilidad derivada de un accidente de circulación por carretera acontecido en Portugal, la parte demandante invocó la aplicación del artículo 30 del Código de circulación portugués, pero no acreditó la norma que determinase si se trataba de una responsabilidad subjetiva u objetiva, ni la distribución de la carga de la prueba. Pues bien, la Audiencia determina que el hecho de que no exista prueba de la legislación extranjera no determina necesariamente la desestimación de la demanda, pues en tales casos el Tribunal Supremo señala la aplicación de la legislación española (sentencia de 17 de abril de 2015). Y por ello, en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable para determinar a quién incumbía la responsabilidad extracontractual, había de aplicarse la legislación española⁸⁷.

⁸³ La referida sentencia del Tribunal Supremo es, sin duda, una de las más citadas en la materia en los últimos años. *Vid. un resumen de los extremos esenciales de la misma en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, cit., pp. 3-5.*

⁸⁴ Por ello, el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de dicha pretensión (la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*) debía examinarse a la luz del Derecho aplicable -el luxemburgués- y, para la Audiencia, acertadamente a nuestro entender, “la falta de prueba de este Derecho no conlleva la aplicación del Derecho patrio, sino la falta de prueba de la apariencia de buen derecho exigible y, por lo tanto, la improcedencia de las medidas cautelares solicitadas” (F.D. 3, pfo. 3).

⁸⁵ ECLI: ES:APM:2018:13812.

⁸⁶ ECLI: ES:APM:2019:773.

⁸⁷ Y ello, se señaló en la sentencia, “sin perjuicio de tomar en cuenta el artículo 30 del Código de circulación portugués, que fue invocado por la actora, cuyo contenido no fue cuestionado por el demandado, y que por ello cabe aplicar, si bien, en todo caso, tal norma es equivalente a la que rige en el ordenamiento jurídico español” (F.D. 4, *in fine*). A nuestro entender esta afirmación es discutible, pues, como hemos visto, no cabe acoger la teoría de los hechos admitidos en relación a la prueba del Derecho extranjero. El Tribunal lo tenía más fácil simplemente habiendo aludido al artículo 7 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (“Cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente”), Convenio que era aplicable al caso para determinar la Ley aplicable, pero que, sin embargo, fue incomprensiblemente ignorado por la Audiencia Provincial.

62. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de abril de 2019⁸⁸, en un supuesto de ley aplicable al régimen económico matrimonial, y siendo aplicable el Derecho belga, indica que las partes debieron en todo caso alegar y probar tal Derecho, cosa que no hicieron, pues la prueba del Derecho extranjero, en cuanto a su vigencia, contenido, entidad y aplicación, constituye fundamentalmente carga probatoria de quien lo alega. Sin perjuicio de lo anterior, la Audiencia señaló que pudiendo ahora determinarse de oficio que el régimen estatutario es el de sociedad de gananciales salvo pacto en contrario ex artículos 1398 y siguientes del Code Civil belga de 21 de marzo de 1804, no existe impedimento de orden público para aplicar las normas “subsidiarias” del Código civil español sobre el particular ante la falta de alegación y prueba de la Ley personal belga, que debió haber sido aplicada en la instancia. Es decir, nos encontramos ante una resolución que, en principio amaga con aplicar de oficio el Derecho extranjero, pero que, como en la instancia se había aplicado sustitutoriamente el Derecho español ante la falta de acreditación del Derecho belga, opta por la comodidad de dar por buena dicha aplicación de aplicación subsidiaria del Derecho patrio, amparada por la clásica doctrina del Tribunal Supremo⁸⁹.

63. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de junio de 2019⁹⁰, en un caso donde se planteó la procedencia de la aplicación de la Ley inglesa para regular una serie de contratos de multipropiedad, el Tribunal sentenció que la mera presentación de una copia traducida de la *Timeshare Act 1992* no acreditaba que esta fuese la legislación inglesa vigente, aplicable y que hubiere de interpretarse en el sentido que propugnaba la apelante, pues para ello hubiese sido precisa la aportación del pertinente dictamen de juristas concedores de dicha legislación. Y, ante tal circunstancia de carencia de prueba suficiente del Derecho extranjero, el Tribunal declaró que, “no siendo posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, procede juzgar y fallar según el Derecho patrio”.

64. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2019 se trató de un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho francés en relación a una acción directa y subrogatoria aplicable a un contrato de seguro⁹¹, ignorándose si ambas acciones se encuentran reconocidas en el ordenamiento jurídico francés. Pues bien, la Audiencia Provincial, siguiendo las propias alegaciones de la parte recurrente, concluye que la falta de prueba del Derecho extranjero no puede determinar el rechazo automático de una concreta pretensión, sino que, cuando a los tribunales españoles no les sea posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, “habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio”.

65. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de noviembre de 2019 se trató sobre la aplicación del Derecho polaco al divorcio de un matrimonio contraído en Polonia⁹². El Tribunal acordó que, ante la falta de prueba del Derecho polaco⁹³, lo que precedía era la aplicación del

⁸⁸ ECLI: ES:APV:2019:1289.

⁸⁹ Como indica J. PICÓ I JUNOY, “la práctica judicial nos enseña que los tribunales, por muy diversos motivos, suelen no aplicar el Derecho extranjero si no es alegado o probado por las partes” (“Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Justicia. Revisa de Derecho Procesal*, 2011, p. 67). A.L. CALVO CARAVACA, poniendo el dedo en la llaga, indica que “numerosos tribunales españoles adoptan posiciones cómodas y, con citas de tópicos y clichés poco convincentes y carentes de fundamento sustancial, acaban por aplicar el Derecho sustantivo español a litigios que deben regirse por un Derecho extranjero según las normas de conflicto españolas y europeas” (“Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, p. 134). He aquí un claro ejemplo de lo que, con acierto, P. DIAGO DIAGO califica como una “especie de atracción a la pasividad”, que conduce, en no pocas ocasiones, a la no aplicación del Derecho extranjero (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.* p. 538).

⁹⁰ ECLI: ES:APMA:2019:454.

⁹¹ ECLI: ES:APM:2019:11054.

⁹² ECLI: ES:APM:2019:15321.

⁹³ Para la Audiencia, siguiendo el criterio del Juzgado, el demandante se había limitado a aportar a las actuaciones una traducción de intérprete jurado del idioma polaco de trece preceptos que se decían contenidos en la Ley Orgánica de 25 de febrero de 1964, Código de Familia y Tutela, Título IV, sobre interrupción del matrimonio y separación (artículos 55 a 61), acompañados de una fotocopia de documento, con su traducción al idioma polaco, que parecía corresponder a una Sentencia polaca de 20 de diciembre de 2002 (F.D. 3, pfo.1). De este modo, para el Tribunal, en ausencia de otros elementos de prueba rigurosos y

Derecho español, y ello amparándose en el artículo 281.2 LEC, sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Además, a mayor abundamiento, la Audiencia mantuvo que, en cualquier caso, el criterio del artículo 8, letra b, del Reglamento 1259/2019, llevaba a la aplicación del Derecho español, por lo que se podía considerar que, al menos en el presente caso, realmente nos encontrábamos ante un falso problema.

66. La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 4 de marzo de 2020 conoció de un supuesto donde, al divorcio de dos nacionales rumanos, procedía la aplicación del Derecho rumano⁹⁴. Es de destacar que, en el caso tratado, ni la parte demandante alegase dicha aplicación -ni mucho menos aportó prueba del Derecho rumano-, ni la demandada opusiera nada al respecto, ni tampoco el Ministerio Fiscal alegase sobre la procedencia de dicha aplicación, y ni siquiera en la sentencia se planteó la posible aplicación de dicho ordenamiento jurídico. Así las cosas, la Audiencia Provincial resuelve que, a falta de toda alegación y prueba del Derecho rumano, resulta aplicable el Derecho español⁹⁵. Es evidente que este tipo de soluciones promueven y favorecen una posible postura fraudulenta y torticera de las partes, a quienes puede resultar más ventajoso no alegar, y, por lo tanto, no tener que probar un Derecho extranjero, para que directamente el litigio sea resuelto conforme al Derecho español, el cual les puede resultar más cómodo y afín a sus pretensiones.

67. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 4 de marzo de 2020 se abordó un supuesto donde debía aplicarse el Derecho suizo para determinar la posible procedencia de una pensión de alimentos en el marco de un divorcio⁹⁶. El Tribunal afirmó, con referencia a la STS 436/2005, de 10 de junio, entre otras, que la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no había acontecido en tal litigio, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC. Y en estas circunstancias, siguiendo la doctrina recogida en la STS de 27 de diciembre de 2006⁹⁷, y sin mención alguna al ignorado artículo 33.3 LCJIMC, concluye la Audiencia Provincial que la ausencia de prueba del Derecho suizo conlleva necesariamente la aplicación de la legislación española.

68. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 16 de julio de 2020⁹⁸, en un supuesto similar al antes comentado de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de junio de 2019, la apelante pretendía la aplicación de la Ley inglesa en un supuesto de contrato de multipropiedad. Ahora bien, para el Tribunal la parte demandada no había probado ni la vigencia, ni la aplicación ni la interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que podía haberse hecho en el Reino Unido, ni aportó documento legalizado y traducido o auténtico. Por todo ello, advirtiendo el tribunal como habría de haberse probado el Derecho inglés, procedía la aplicación del Derecho español. De nuevo no se hizo referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC para motivar dicho razonamiento.

serios de acreditación de la vigencia, contenido y aplicabilidad, no quedaba cumplido el requisito procesal de acreditación de la vigencia y aplicabilidad del Derecho extranjero.

⁹⁴ ECLI: ES:APTO:2020: 545. Aunque no sea tema del presente trabajo, resultó escandaloso el hecho de que el Tribunal determinase en este caso la aplicación del Derecho rumano al divorcio conforme al artículo 107 CC, cuando dicha norma llevaba ya años sustituida por el Reglamento 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. Un comentario sobre dicha nefasta sentencia puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.*, pp. 5-8.

⁹⁵ De manera que el Juzgado resolvió una demanda de divorcio -en la que se ventilaban los intereses no solo de los esposos sino además de dos menores-, conforme al Derecho español, cuando el aplicable en principio hubiera de haber sido el Derecho rumano.

⁹⁶ ECLI: ES:APIB:2020:682.

⁹⁷ Que reitera la clásica doctrina según la cual “(...) el Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio (...)”.

⁹⁸ ECLI: ES:APTF:2020:1229.

69. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 9 de septiembre de 2020 se trató de un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho francés a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones de los perjudicados en un accidente de circulación por carretera⁹⁹. Ante la falta de prueba alguna del referido Derecho, la Audiencia Provincial, haciendo referencia al artículo 281.2 LEC y numerosa jurisprudencia (STS 198/2015, de 17 abril, entre otras), concluyó que “no existe otra salida que la aplicación de la Ley española” (F.D. 2, aptdo. 5, *in fine*). Por supuesto la valoración del artículo 33.3 LCJIMC quedó de nuevo totalmente obviada, como si tal precepto no existiera.

70. Manteniendo esta clásica, y a nuestro entender improcedente solución de aplicar con automaticidad el Derecho español y obviando por completo la existencia del artículo 33.3 LCJIMC, también encontramos un par de sentencias de juzgados que, por la novedad que supusieron en su momento, interesan ser destacadas:

71. Así la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Gijón de 26 de abril de 2018¹⁰⁰, ante la falta de debida acreditación y prueba del Derecho mexicano aplicable al caso, aplicó el artículo 281.2 LEC, sin hacer referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Y ante la falta de debida acreditación del referido Derecho extranjero¹⁰¹, optó por la aplicación del Derecho patrio siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, pues “el Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del Derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal determinar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero habrá de juzgar y fallar conforme al Derecho patrio”.

72. Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 2 de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019¹⁰², contempló el supuesto de un divorcio donde resultaba de aplicación la Ley del Estado de Florida. En este caso destacó el hecho de que el Juzgado invocara expresamente el artículo 33.1 LCJIMC en relación a la cuestión general de la prueba del Derecho extranjero; sin embargo, sorprendentemente, no considerándose probado en el caso el contenido y vigencia del Derecho extranjero¹⁰³, se omitió sobre este aspecto cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC en orden a establecer la consecuencia de dicha falta de prueba. Nuevamente se optó por resolver el asunto mediante la aplicación del Derecho español atendiendo a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁴.

B) Resoluciones que, con cita del artículo 33.3 LCJIMC, aplican el Derecho español

73. También encontramos en la práctica resoluciones de audiencias provinciales, posteriores a la LCJIMC que, refiriéndose a su artículo 33.3, sin embargo, a efectos prácticos, a la hora de dar solu-

⁹⁹ ECLI: ES:APT:2020:1277A.

¹⁰⁰ ECLI: ES:JMO:2018:1909.

¹⁰¹ Se había acompañado a tal fin a la demanda únicamente un documento consistente en una fotocopia de parte de una Ley, sin aportarse la norma completa, ni justificante alguno de su entrada en vigor y su vigencia actual, ni de su interpretación (F.D. 4, *in fine*).

¹⁰² ECLI: ES:JPII:2019:1.

¹⁰³ Ello al aportar la actora como documental una Web oficial de la legislación del Estado de Florida, sin traducir, transcribiendo al español sólo su artículo 61.052; y, además, aportándose un informe de un jurisperito de Miami, cuya imparcialidad fue puesta en duda por la demandada, al tratarse del letrado del actor en otro procedimiento que se seguía en Miami, y quien ni siquiera fue interrogado en el acto del juicio.

¹⁰⁴ A. ORTEGA GIMÉNEZ, comentando la referida sentencia, mantiene que el artículo 33.3 LCJIMC ha supuesto el reconocimiento legal de la tesis de la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero; opinión que no compartimos por un doble motivo: primero, porque el Juzgado de Esplugues de Llobregat no fundamentó su solución en el artículo 33.3 LCJIMC y, principalmente, porque, como hemos venido exponiendo, entendemos que no procede mantener dicha tesis, el menos con carácter general, a la luz de la propia literalidad del referido artículo (“Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero. Comentario a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019”, *Diario La Ley*, núm. 9479, de 17 de septiembre de 2019, p. 7).

ción a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero, pasan por encima de él como si ninguna novedad hubiera traído.

74. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de junio de 2018 se abordó la Ley aplicable a una pensión compensatoria económica por razón del trabajo y a una pensión compensatoria¹⁰⁵. El demandado, que no compareció en la instancia y fue declarado en rebeldía, trató de introducir *per saltum* en la apelación la aplicación del Derecho marroquí, dado que el matrimonio se había contraído en Marruecos. Pero al no haber comparecido en la instancia, la Audiencia Provincial estimó que la introducción entonces de dicha pretensión podría alterar los términos en que el debate había sido fijado y, además, añadió que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, no una obligación, del tribunal. Pero, en lo que ahora interesa destacar, la Audiencia afirmó que, en todo caso, la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no era la desestimación de la demanda o del recurso de apelación, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español ex artículo 33.3 LCJIMC” (F.D. 2, aptdo. 2)¹⁰⁶.

75. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020 la cuestión versó sobre la aplicación del Derecho portugués en relación a una reclamación derivada de un accidente por circulación en carretera acontecido en Portugal¹⁰⁷. Pues bien, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, se entendió que la resolución de instancia acudió correctamente al Derecho español porque así lo permite el artículo 33.3 LCJIMC al señalar que “con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español”. Desgraciadamente, como en otras tantas ocasiones, la Audiencia en momento alguno razona la mencionada excepcionalidad que, en su caso, podría haber dado lugar a la aplicación sustitutoria del Derecho español. Esta aplicación tiene lugar, una vez más, de una manera automática, y con independencia de la actitud más o menos diligente mostrada por la parte obligada a la prueba del Derecho extranjero¹⁰⁸.

76. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 23 de febrero de 2021 se planteó la aplicación del Derecho alemán a la determinación de las funciones de la figura del albacea testamentario¹⁰⁹. Esto obligaba a establecer si había quedado debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho alemán respecto a la figura en cuestión conforme al artículo 281.2 LEC, correspondiendo la prueba del mismo al codemandado, que fue quien invocó su aplicación. El juez *a quo* había declarado en la sentencia por qué no estimaba cumplidamente acreditado el contenido, vigencia y autorizada interpretación del Derecho alemán, sin que lo allí entonces expuesto, de manera amplia y razonada, hubiera resultado desvirtuado en la apelación. Por ello, y de conformidad con lo previsto en el artículo 33.3 LCJIMC, al no haberse acreditado debidamente el contenido y vigencia del Derecho extranjero, la Audiencia determina que “resulta aplicable al caso el Derecho español”. Una vez más, y de manera algo decepcionante, se aplica con cierta automaticidad el Derecho español ante la falta de acreditación del Derecho extranjero¹¹⁰.

¹⁰⁵ ECLIC: ES:APT:2018:1014.

¹⁰⁶ Ya unas líneas más arriba la Audiencia Provincial había establecido en la sentencia que el artículo 33.3 LCJIMC prevé la aplicación del Derecho español cuando las partes no han acreditado la vigencia y contenido del Derecho extranjero aplicable. Como hemos indicado, a nuestro entender no es una aplicación automática del Derecho español lo que se deduce del artículo 33.3 LCJIMC, sino que, con carácter previo, han de ser valorados una serie de aspectos para que ello proceda. La aplicación del Derecho español debe ser algo excepcional, un último remedio.

¹⁰⁷ ECLI: ES:APB:2020:5205.

¹⁰⁸ F. GARAU SOBRINO realiza una demoledora crítica a esta sentencia, y, respecto al punto concreto que abordamos indica que “esta interpretación jurisprudencial hace caso omiso del tenor literal del artículo 33.3 LCJIMC”, considerando que la aplicación del Derecho español debe ser entendida como un mecanismo ‘excepcional’, un último recurso (“Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020”, *REEL*, núm. 40, diciembre 2020, p. 23).

¹⁰⁹ ECLI: ES:APIB:2021:411.

¹¹⁰ Ha de tenerse en cuenta que en el presente caso se había aportado a los autos por el codemandado determinada prueba sobre el Derecho alemán en relación a la figura del albacea y su naturaleza jurídica, prueba sobre la que, al parecer, el juzgador

77. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 30 de marzo de 2021 se trató un caso donde se debía aplicar el Derecho portugués en relación a una reclamación derivada del incumplimiento de un contrato¹¹¹. Destaca en esta sentencia el minucioso y detallado relato, a modo de tratado de Derecho internacional privado, que se contiene en el Fundamento de Derecho segundo en torno a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en nuestro ordenamiento. Sin embargo, tras apuntar la sentencia posibles inconvenientes -bien fundamentados- derivados de la no aplicación de un Derecho extranjero así querido por la norma de conflicto española, la Audiencia concluye -de manera decepcionante, a nuestro juicio- destacando que, entre las dos grandes tesis tradicionalmente enfrentadas (desestimación de la demandada *versus* aplicación del Derecho español), el artículo 33.3 LCJIMC finalmente se ha decantado por mantener el sistema de prueba del Derecho extranjero en España a instancia de parte, reforzándolo, consolidándolo y robusteciéndolo¹¹². Y, en consecuencia, no acreditado en el caso el Derecho portugués, procede la resolución del conflicto planteado conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, con aplicación del Derecho material español.

78. Finalmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de mayo de 2021¹¹³, en un supuesto de un presunto incumplimiento de contrato, se abordó la posible aplicación del Derecho brasileño y las consecuencias de su falta de prueba. Pero en el caso, la parte demandada y apelante se limitó a mostrar su discrepancia con la aplicación de la Ley española, sin aducir en contrapartida qué norma brasileña sería la aplicable ni en qué condiciones ello daría lugar a la satisfacción de su pretensión de que fuese desestimada la demanda. Obviamente, tampoco se aportó prueba al respecto, y ello pese a lo dispuesto en los artículos 281 LEC y 33.3 LCJIMC, que se citaba expresamente. Por ello se procedió finalmente a resolver el litigio conforme al Derecho español, desestimándose las pretensiones del apelante¹¹⁴.

79. En el ámbito de los Juzgados de Primera instancia, hemos de destacar la primera resolución de la que tuvimos constancia donde se aplicara el artículo 33.3 LCJIMC. Nos referimos al auto del Juzgado de Primera instancia núm. 11 de Sevilla de 25 de mayo de 2018¹¹⁵. En el mismo, invocando la parte que se oponía a una ejecución de unos bonos emitidos en España la aplicación del Derecho de Nueva York, y no habiendo ésta acreditado su contenido y vigencia, “conforme al artículo 281 LEC no procede su aplicación y sí la del Derecho español, de acuerdo con el artículo 33.1 y 3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”. Esto es, ante la falta de acreditación del Derecho extranjero, y realizando una interpretación simplista del artículo 33.3 LCJIMC, el juez se decantó por la aplicación del Derecho español. Y la misma postura mantendría el referido Juzgado en el auto de 31 de julio de 2018¹¹⁶, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el ejecutante contra el citado auto de 25 de mayo.

a quo no se pronunció claramente en cuanto a su valoración. Incluso alegó la referida parte que no se formuló oposición alguna al dictamen sobre Derecho extranjero presentado (F.D. 7, aptdo. 1). Queremos indicar con esto que quizás pudiéramos estar ante uno de esos casos donde, la diligente actuación de la parte obligada a la prueba del Derecho extranjero hubiera requerido de cierta “colaboración” por parte del juez si no se entendió por éste plenamente acreditado aquél. En cualquier caso, entendemos que el artículo 33.3 LCJIMC, sobre el que se fundamenta la solución, en modo alguno conduce en casos como el presente a la aplicación directa del Derecho español.

¹¹¹ ECLI: ES:APLU:2021:213.

¹¹² En tal sentido se invoca que en el Preámbulo (V) LCJIMC se establece que: «En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

¹¹³ ECLI: ES:APA:2021:1052.

¹¹⁴ A mayor abundamiento, la Sala añadió que no era de aplicación al caso para determinar la Ley aplicable el artículo 10.5 CC, sino el artículo 10.9 CC, lo cual daba lugar a la aplicación de la Ley española, por lo que, en cualquier caso, el litigio debía de resolverse con arreglo al Derecho material español. Y en el mismo sentido, resolviendo un asunto muy similar, *vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES:APA:2021:1243; F.D. 3).

¹¹⁵ ECLI: ES:JPI:2018:6A.

¹¹⁶ ECLI: ES:JPI:2018:9A (F.D. 2, *in fine*).

C) Resoluciones que, sin citar el artículo 33.3 LCJIMC, desestiman las pretensiones.

80. Encontramos también algunas resoluciones de audiencias provinciales donde, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, se desestiman las pretensiones de las partes, bien del actor, bien del demandado; pero ello sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC.

81. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de febrero de 2018¹¹⁷, en un litigio en el marco de un concurso entre una sociedad española y otra coreana, donde la apelante invocaba la aplicación del Derecho coreano a un contrato de agencia, se acuerda por la Audiencia desestimar la pretensión del recurrente dado que no fue probado tal Derecho, y ello atendiendo al artículo 281.2 LEC, sin mención alguna al artículo 33.3 LCJIMC. En dicha sentencia, se acuerda por la Audiencia desestimar la pretensión del recurrente dado que no fue probado tal Derecho. Y señala la Audiencia que el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba conforme el artículo 281.2 LEC; sin embargo, la parte recurrente no había desplegado actividad probatoria alguna dirigida a tal fin, limitándose a manifestar que quien pretendiese negar validez o eficacia al contrato en cuestión debía acudir al arbitraje a Corea conforme el Derecho coreano a impugnarlo¹¹⁸.

82. En el auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de mayo de 2018¹¹⁹, en un caso de constitución de una tutela sobre una menor de Marruecos, y siendo de aplicación del Derecho marroquí, se acude directamente al artículo 281.2 LEC para dar solución a la cuestión relativa a su falta de prueba, obviando cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC. Siendo aplicable el Derecho marroquí a la constitución de una adopción ex artículo 9 CC, ante la falta de prueba de tal Derecho, la Audiencia avaló el criterio del juez *a quo*, denegando la constitución de la tutela porque “no se ha acreditado cuál es la Ley marroquí que se aplica en la materia”. Y ello pese a que la parte apelante mantenía que siendo aplicable al caso el Código de Familia marroquí -o “Moudawana”-, procedería en todo caso su aplicación de oficio en virtud del principio *iura novit curia*, algo a lo que la Audiencia señaló no haber lugar¹²⁰.

83. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 12 de julio de 2019¹²¹, abordó un supuesto relativo a una acción de estado civil de filiación, donde, el objeto del recurso de apelación se limitaba a determinar los efectos jurídicos que tal declaración biológica -declarada en la instancia- debería tener a efectos de la filiación. En el recurso se sostenía que, según el Derecho británico¹²², propiamente nunca se produjo una adopción sino sólo un prohijamiento, y, según dicho ordenamiento, la adopción crea un estado civil de filiación y, sin embargo, el prohijamiento no. Para la Audiencia, a tenor del artículo 281.2 LEC estaríamos ante un caso de prueba del Derecho extranjero, prueba que corresponde en todo caso a la parte que lo invoca, y no al Tribunal. Al no acreditarse el Derecho extranjero, la Audiencia lo que concluyó que procedía era la desestimación de la pretensión del recurrente, debiéndose estar a lo que traslucían los documentos aportados que revelaban la existencia de un estado de filiación, en principio, contradictorio con el que se pretendía constituir a fin de que produjera plenos efectos jurídicos la paternidad biológica declarada¹²³.

¹¹⁷ ECLI: ES:APV:2018:1225.

¹¹⁸ Y de manera implícita, ante la falta de prueba del Derecho coreano, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó la pretensión de la parte apelante de aplicación de tal Derecho al contrato de agencia (F.D. 4, pfo. 5).

¹¹⁹ ECLI: ES:APML:2018:75A.

¹²⁰ Y ello teniendo en cuenta que la referencia a la “Mudawana” contenida en la resolución que se recurría no fue invocada con la intención de dar por acreditado cuál era el Derecho que regía la materia, sino para discernir entre el distinto régimen a tener en cuenta según se tratase de la norma sustantiva a aplicar o del proceso a seguir (F.D. 3, pfo. 1).

¹²¹ ECLI: ES:APP:2019:334.

¹²² Ha de aclararse que el término *Derecho inglés* se refiere al sistema legal vigente en territorio de Inglaterra y Gales, no abarcando a todo el ordenamiento que rige en las Islas Británicas. Al margen del Derecho inglés confluyen en dicho territorio diversos sistemas legales: así, el derecho escocés, el de Jersey -muy influenciado por el *civil law*- o el de la Isla de Man (*vid.* D. HAYTON, *European Succession Law*, Jordans, Bristol, 1988, pp. 65-66). Por lo tanto, hemos de denunciar como una incorrección terminológica el hecho de que, como ocurre en la sentencia que ahora comentamos (F.D. 2, pfo. 9), se haga referencia al “Derecho británico” o, en similares términos, a la “Ley británica”.

¹²³ En contraposición, conviene aquí recordar que, como hemos visto, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia

84. En el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de marzo de 2019 se trató un asunto derivado de una solicitud de medidas cautelares urgentes previas a una demanda de divorcio¹²⁴. En tal caso la apelante, para fundamentar solicitud, entre otras razones esgrimía que la existencia previa de un procedimiento de exequátur en relación a una sentencia de divorcio pronunciada por una autoridad jordana -motivo principal de la denegación por el juez de las medidas solicitadas ex art. 39.3 LCJIMC-, no procedía dado que la legislación jordana “es vejatoria para la mujer”. Pues bien, la Audiencia sentenció que las características del Derecho extranjero no habían sido objeto de acreditación probatoria alguna tal como exige el artículo 281.2 LEC, lo que le impedía emitir pronunciamiento al respecto, habiéndose de estar al resultado del proceso de exequátur¹²⁵.

85. Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de mayo de 2021 abordó la cuestión de la Ley aplicable a la sucesión de una nacional suiza¹²⁶. Plateándose por el apelado la aplicación del Derecho suizo, el Tribunal recordó que el Derecho extranjero no queda cubierto por el principio *iura novit curia*, sino que se ha de acreditar como sucede con los hechos, por lo que la parte que lo invoca ha de probarlo (art. 217 LEC). Y si se mantenía que la legislación suiza no concede validez a un testamento otorgado en el extranjero, en general, o en España, en particular, correspondía a los demandados probarlo, lo que no hicieron en modo alguno, por lo que su alegación al respecto carecía de fundamento, razón por la cual fueron desestimadas sus pretensiones respecto a sus posibles derechos en la sucesión.

D) Resoluciones que, atendiendo al artículo 33.3 LCJIMC, desestiman las pretensiones

86. También encontramos una resolución donde, en el marco de un proceso de medidas cautelares, no habiéndose probado el Derecho extranjero, en lugar de aplicar supletoriamente el Derecho español, procede a la desestimación de las pretensiones de las partes que tenían la obligación de la prueba, y ello atendiendo a la regulación contenida en la LCJIMC. En concreto nos referimos al Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 2019, donde se trató sobre una solicitud de medida cautelar para que se reconociera al demandante la nacionalidad española con valor de simple presunción¹²⁷. En el caso se planteó la aplicación del Derecho uruguayo, en concreto Ley 16.021, hoy modificada por la Ley 19.362. Pues bien, no habiéndose incorporado por la parte recurrente elemento alguno del que pudiera desprenderse las dudas que en el país de origen hubiera podido generar la aplicación de la referida Ley 16.021, partiendo del contenido de sus normas, de la naturaleza cautelar de este procedimiento y, atendiendo al contenido del artículo 33 LCJIMC, “debe denegarse la adopción de las medidas que se solicitan”.

E) Resoluciones que, sin citar de artículo 33.3 LCJIMC, aplican de oficio el Derecho extranjero

87. Son varias las resoluciones de distintas audiencias provinciales donde el tribunal procede a aplicar de oficio el Derecho español, o al menos a su toma en consideración, si bien no se hace en ellas referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Veamos.

de 30 de septiembre de 2019, declaró que la falta de prueba del Derecho extranjero no puede determinar el rechazo automático de una concreta pretensión.

¹²⁴ ECLI: ES:APVI:2019:663A.

¹²⁵ Es muy interesante la frase final del auto cuando se indica que “no corresponde la prueba de oficio del Derecho jordano porque en este procedimiento no existe norma de conflicto que determine la aplicación del Derecho sustantivo jordano para la resolución de la controversia, a diferencia del caso de la STS 238/2011 de 1 de abril” (ECLI:ES:TS:2011:1805). En decir, en sentido contrario la Sala está dando a entender que es posible encontrarnos con supuestos en los que sí proceda de oficio la prueba del Derecho extranjero, pero ello acontecerá, en todo caso, en el marco de la remisión a un Derecho extranjero a través de una norma de conflicto.

¹²⁶ ECLI: ES:APTO:2021:1001.

¹²⁷ ECLI: ES:APIB:2019:343A.

88. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de febrero de 2018¹²⁸, procedía aplicar el Derecho inglés, ex artículo 9.2 CC, en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales. En primera instancia no se acreditó el Derecho inglés y el juez *a quo* aplicó directamente el Derecho español. Sin embargo, la Audiencia Provincial, invocando el artículo 281 LEC y sin mencionar el artículo 33.3 LCJIMC, determina que, en uso de la facultad-obligación contenida en dicho precepto, ha acudido a la Web oficial del CGPJ, que contiene la normativa del Derecho Extranjero de Familia y Sucesiones en Europa y ha constatado que en la Ley británica no existe una sociedad económica matrimonial¹²⁹, de tal modo que contraído el matrimonio se sigue un sistema de separación de bienes. Y, por lo tanto, y de acuerdo con el Derecho inglés, se concluyó que el matrimonio carecía de régimen económico matrimonial específico, con los efectos atinentes a tal circunstancia.

89. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2018¹³⁰, en el marco del posible reconocimiento de una resolución marroquí en la que se establecía una *Kafala* sobre un menor, la Audiencia estableció que “por los conocimientos propios de este Tribunal, el artículo 17 de la Ley 15/2001 de Marruecos sobre guarda de menores abandonados establece que esa decisión judicial será susceptible de apelación, no obstante ser ejecutable provisionalmente” (F.D. 4, *in fine*). Se trata de una resolución a destacar, donde un tribunal español -de manera encomiable- aplica de oficio, por conocimiento propio, un Derecho extranjero, si bien hemos de señalar que, al no encontrarnos específicamente en un supuesto de prueba del Derecho extranjero, ni siquiera se planteó la posible aplicación del artículo 33.3 LCJIMC.

90. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2020¹³¹, donde se debatía sobre la aplicación del Derecho alemán en un caso relativo a una herencia sobre un bien inmueble sito en España y con vínculos personales en Alemania, ante la duda planteada en la segunda instancia sobre la prueba del referido Derecho, la Audiencia señaló que no era óbice para la estimación del recurso el hecho de la necesidad de la carga de demostración del Derecho extranjero por parte de quien lo invocaba, porque el alegado, con cita y consignación de los preceptos del Código Civil alemán (*BGB*), que consideraba aplicables al caso, no habían sido contradichos de adverso. Pero lo que queremos resaltar ahora es el hecho de que la Audiencia pusiese de manifiesto que, además de ser objeto de prueba en lo que respecta a su contenido y vigencia, “el Tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación y prueba estime necesarios para su aplicación ex artículo 281.2 LEC”.

91. Particular es el supuesto abordado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021¹³². En el mismo, el debate principal versó sobre el carácter de *ius cogens* del artículo 12.6 CC y sobre cómo, en su atención, el Tribunal debe resolver conforme al Derecho extranjero (en el caso, el marroquí), aunque éste no haya sido alegado por las partes (que plantean el asunto como si no existiera elemento internacional), cuando de los elementos incorporados a las actuaciones se deduzca la necesidad de aplicación de un Derecho extranjero. En el caso, tratándose de la liquidación del régimen económico matrimonial de un matrimonio marroquí, las partes alegaron regirse por el régimen de sociedad de gananciales cuando, en opinión de la Audiencia, debía aplicarse el Derecho marroquí atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9.2 CC. No se trataba, por lo tanto, de aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero, conforme al artículo 33 LCJIMC, sino que fallaba el presupuesto previo, esto es, la determinación del régimen económico-matrimonial, lo cual impedía la tramitación de un procedimiento para la formación de inventario de una sociedad de gananciales que no existía¹³³.

¹²⁸ ECLI: ES:APV:2018:480.

¹²⁹ Nos encontramos aquí de nuevo la incorrección terminológica de referirse a la “Ley británica” en lugar de al Derecho inglés (F.D.4, *in fine*; *vid.* nota 122).

¹³⁰ ECLI: ES:APCE:2018:271A.

¹³¹ ECLI: ES:APGI:2020:255.

¹³² ECLI: ES:APM:2021:9947.

¹³³ Por lo que de manera acertada la Audiencia concluyó que debía decretarse la nulidad de lo actuado al momento de ad-

92. Pero lo interesante de esta última resolución desde la perspectiva que abordamos, es que, en dicho caso, la Audiencia “de oficio” había determinado previamente que era claro que los cónyuges no estaban sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales, como sin plantearse expresamente, se pretendía en el procedimiento del que el recurso de apelación traía causa. Esto es, se daba por supuesto la existencia de tal régimen económico matrimonial, lo que resultaba imposible, ya que en los países de Derecho islámico se sigue un sistema radical de separación de bienes. En efecto, el Tribunal indicó que, “(...) en cuanto a la gestión y administración de los bienes, el Derecho musulmán desconoce la comunidad conyugal, al consagrar la separación absoluta de bienes. Y así lo confirma el artículo 49 del Código de Familia Marroquí según el cual los dos esposos disponen cada uno de un patrimonio privativo, aunque ambos se pueden poner de acuerdo sobre los frutos y división de los bienes que hayan adquirido durante su matrimonio” (F.D. 2, *in fine*). En definitiva, la Audiencia tomó en consideración de oficio el Derecho marroquí para concluir que, en atención al mismo, no era posible que los cónyuges estuviesen sometidos al régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, tal como había sido planteado en la demanda.

F) Resoluciones que, con referencia al artículo 33.3 LCJIMC, aplican de oficio el Derecho extranjero

93. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019¹³⁴, procedía la aplicación del Derecho polaco para determinar la posible prescripción de una reclamación relativa a una pensión de alimento. La audiencia declaró que, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 217, 281.2 y 282 de la LEC y 33 de la LCJIMC), y como recordaba el TS en su sentencia 56/2019, de 15 de enero, “el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce”, principio que ha primar en aquellos procesos especiales integrados en el Título I del Libro IV LEC.

94. Pues bien, en relación a la institución de la prescripción, y a falta de prueba por la parte obligada del plazo de prescripción establecido en la legislación polaca, el Tribunal destacó que, en este caso ha tenido acceso la propia Audiencia a la legislación polaca a través de la Web del Consejo General del Poder Judicial, y ésta resuelve en el mismo sentido que lo hace el ordenamiento español. En efecto, el art. 137, apartado 1 del Código de Familia y Tutela de Polonia, establece que el pago de la pensión alimenticia está sujeto a un plazo de prescripción de tres años, si bien el 121, aptdo. 1, del Código Civil de ese mismo país estipula que el plazo de prescripción no comienza a correr y, si ha comenzado a correr se suspende, en caso de demanda del hijo contra los progenitores durante el transcurso del ejercicio de la responsabilidad parental.

95. Por lo tanto, hemos de destacar en el presente supuesto, como un hecho ciertamente positivo, la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte del Tribunal, y ello haciendo referencia, entre otros, al artículo 33 LCJIMC, si bien para valorar en sus justos términos la actuación del órgano jurisdiccional habría de tenerse en cuenta el tipo de procedimiento de que se trataba¹³⁵.

misión de la demanda; momento en el que debería haberse subsanado la misma para acreditarse si lo pretendido se ajustaba al régimen económico-matrimonial existente conforme al Derecho resultante de la norma de conflicto aplicable al caso.

¹³⁴ ECLI: ES:2019:APB:11724A.

¹³⁵ En efecto, según dispone el art. 752 LEC, en este tipo de procesos del Título I del Libro IV LEC, y en particular en todo lo referente a los menores de edad, el tribunal podrá decretar “de oficio” cuantas pruebas estime pertinentes. En este sentido, la sentencia posterior de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, en un caso de Ley aplicable a un contrato de multipropiedad, indicó: “este Tribunal entiende que, al no tratarse de un proceso especial por la materia o de orden público no cabe aplicación de oficio del Derecho extranjero, en seguimiento literal del art. 281 LEC” (ECLI: ES:APTF:2020:1229; F.D. 3, pfo. 1). Por ello, no podemos extraer conclusiones más generales de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sin alcanzar a saber qué hubiera sucedido si no hubiésemos estado ante un proceso “especial”, si bien a nuestro entender, como ya hemos indicado, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, concurriendo, determinadas circunstancias -principalmente atendiendo a la actitud de las partes en aras a la prueba o, en sentido más preciso, la colaboración del juez en aras a la prueba -, puede proceder ex artículo 33.3 LCJIMC en cualquier tipo de procedimiento.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

96. Expuesto en el apartado anterior la posición actual de la jurisprudencia menor, donde hemos visto que, mayoritariamente se decanta por seguir aplicando de manera casi automática el Derecho español con carácter sustitutorio -citando o sin citar al art. 33.3 LCJIMC-, vamos a analizar a continuación qué postura ha adoptado hasta la fecha nuestro Tribunal Supremo en torno a esta discutida y compleja materia.

97. Y veremos que, una vez entrada en vigor la LCJIMC, contamos con varias sentencias del Tribunal Supremo que, directa o indirectamente han abordado la cuestión regulada en el artículo 33.3 LCJIMC, si bien, desgraciadamente hasta el día de escribir estas líneas no nos encontramos con una resolución que contenga una completa interpretación de fondo del precepto. Sin embargo, ello no es óbice para que contemos con alguna resolución de indudable interés, en particular la sentencia de 3 de abril de 2018, que pasamos a analizar.

A) La importante sentencia de 3 de abril de 2018

98. Hasta la fecha, la sentencia del Tribunal Supremo más relevante en torno al tema que tratamos ha sido, con diferencia, la de 3 de abril de 2018¹³⁶; en ella se trató sobre la aplicación, y los posibles efectos en caso de falta de prueba, del Derecho colombiano a un supuesto de liquidación de un régimen económico matrimonial. En el caso no se discutió por las partes que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, residían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, años antes de venir a instalarse a España. Por ello, ex artículo 9.2 CC, resultaba indudable que la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges era la Ley colombiana.

99. A pesar de ello, la sentencia recurrida había aplicado el Derecho español porque se consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de un premio de lotería (elemento clave del origen del litigio), no procedía la aplicación del artículo 1782 CC colombiano, que atribuye al donatario los bienes que adquiera por donación, sino que entendió que procedía aplicar el Derecho español, que atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que este razonamiento para acabar aplicando el Derecho español no era en modo alguno correcto. En efecto, las partes en el caso no habían discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del Derecho colombiano que cada una de ellas había alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del Derecho español. Y a ello habría que añadir que la aplicación que del Derecho extranjero debía hacer el tribunal español venía facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes podía llevarse a cabo¹³⁷, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (en referencia a los arts. 281.2, 282 LEC y art. 33 LCJIMC).

100. Por ello para el Tribunal Supremo realmente no se planteó en el presente caso un problema relativo a la prueba del Derecho extranjero, ni la oportunidad de que el tribunal supliese su prueba. Además, añadió el Tribunal que, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso conforme al Derecho extranjero no daba lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario,

¹³⁶ ECLI: ES:TS:2018:1228. Un comentario a la misma puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.* pp. 11-13.

¹³⁷ Al respecto indica Tribunal Supremo que se podría realizar mediante una simple consulta de la página Web oficial del Gobierno colombiano o de la página Web del Consejo General del Poder Judicial. Esta afirmación viene a validar la reciente tendencia apuntada a la consideración de las páginas Webs oficiales como válido medio de prueba del Derecho extranjero (F.D. 4, punto 1, pfo. 5).

la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 LCJIMC debe hacerse solo con carácter “excepcional”, resultaba a todas luces incorrecta, pues ello sólo procedería cuando no hubiera podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

101. Pues bien, esta última afirmación, que es dictada a mayor abundamiento -y en un recurso donde realmente, como hemos indicado, no se planteaba la prueba del Derecho extranjero-, viene sin duda a resultar la más relevante de la resolución del Tribunal Supremo en relación al asunto que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que el entrecomillado de la excepcionalidad es cosecha del propio Tribunal. Y ello no significa otra cosa sino que la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, no debe ser la norma general a seguir, sino que realmente debe tratarse como algo excepcional, esto es, lo normal debería ser la aplicación del Derecho extranjero al cual nos conduce la norma de conflicto. Por lo tanto, ya no establece esta solución sólo el artículo 33.3 LCJIMC -a pesar de que, según hemos visto, muchas Audiencias Provinciales no parecen enterarse-, sino que también es una característica básica del artículo 33.3 LCJIMC resaltada, aunque sea a modo de *obiter dicta*, pero con relevante énfasis, por el propio Tribunal Supremo.

B) El resto, nada nuevo bajo el sol

102. Aparte de en la sentencia referida de 3 de abril de 2018, no ha habido otro pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la LCJIMC, donde se haya hecho una referencia tan clara y categórica en referencia a su artículo 33.3.

103. Así, en la sentencia de 20 de julio de 2021¹³⁸, aunque se trataba de un supuesto en relación a una demanda anterior a la promulgación de la LCJIMC, el Tribunal indicó que “no es ocioso tomarla en consideración, aunque solo sea a efectos interpretativos”¹³⁹. Se trató de un procedimiento donde se sustanció la posible nulidad de determinadas cláusulas de los “Términos generales y condiciones de Transporte” de los contratos de *Ryanair*. En el recurso extraordinario por infracción procesal de la compañía irlandesa se invocó infracción del artículo 33.3 LCJIMC con relación al artículo 281.2 LEC, en la decisión de acudir al Derecho Español por presunta falta de prueba del Derecho Irlandés. Por su parte, entre los motivos del recurso de casación, también de alegó infracción de los artículos 33.1 y 33.3 LCJIMC, con relación al artículo 281.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero (invocando al efecto las sentencias del Tribunal Supremo núm. 528/2014, de 14 de octubre; núm.198/2015, de 17 de abril; núm. 287/2015, de 20 de mayo; ATS de 22.3.2017, Rec. Casación 1399/2016, entre otras).

104. Pues bien, respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, volvió a declarar el Tribunal Supremo que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español”. Y, en la medida que el recurso de casación reproducía los argumentos del primer motivo del recurso por infracción procesal, la respuesta al mismo fue idéntica. En concreto, en el caso la cuestión no era si la Audiencia Provincial había agotado o no sus facultades de averiguación del Derecho extranjero, sobre lo que no hay un determinado estándar de actuación, sino si la valoración jurídica que realizó, una vez investigado el contenido de ese Derecho extranjero, era correcta o no. Por lo tanto, en la presente sentencia del Tribunal Supremo, frente a lo que aconteció en la anterior comentada de 3 de abril de 2018, el Tribunal no realizó alusión alguna al carácter excepcional de la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable. Digamos que se mantuvo en su cómoda posición tradicional, sin entrar en profundidades, quizás porque el objeto del recurso de casación tampoco daba lugar a ello.

¹³⁸ ECLI: ES:TS:2021:3073.

¹³⁹ *Vid.* nota 73.

105. Y en muy parecidos términos se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de julio de 2021¹⁴⁰. En ella se trató sobre la aplicación del Derecho chino a la resolución de un contrato de compraventa de participaciones sociales. Como motivos del recurso de casación se invocaron infracción de los artículos 10.5, 12.1 y 6.2 del Código civil en relación con el artículo 94 de la Ley de contratos de la República Popular China, por aplicación indebida de la legislación de Hong Kong. Pues bien, respecto a la alegación y prueba del Derecho extranjero el Tribunal Supremo reitera que el artículo 281.2 LEC establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, y, en relación con la interpretación de este precepto, se vuelve a remitir a lo declarado en la sentencia 198/2015, de 20 de mayo (F.D. 6). En concreto dicha sentencia fijó al respecto que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español”¹⁴¹. Por ello, los documentos e informes aportados por las partes en el procedimiento sobre el Derecho chino podrían haber sido tenidos en cuenta por el tribunal en los términos expuestos; pero la práctica de la correspondiente prueba se realizó en la instancia, y en sede casacional solo correspondía revisar si la aplicación o inaplicación realizada por la Audiencia Provincial había sido correcta, lo cual, además, no se discutió¹⁴².

106. Al margen de las dos sentencias referidas, también el Tribunal Supremo, siquiera tangencialmente, se ha pronunciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCJIMC sobre la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en otros dos autos de inadmisión de sendos recursos de casación. Lamentablemente, y como si no existiera en nuestro sistema de prueba del Derecho extranjero, en ninguno de ellos se hizo referencia alguna al artículo 33 LCJIMC¹⁴³.

107. Así, mediante auto de 26 de febrero de 2020 se inadmitió un recurso de casación en relación a un asunto donde se había aplicado el Derecho alemán¹⁴⁴. En concreto, en un litigio sucesorio se había aplicado por el juez el artículo 1933, pfo. primero, primera frase, del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* que dispone que el derecho a heredar del cónyuge sobreviviente está excluido si en el momento de la muerte del difunto se daban las condiciones de divorcio y el fallecido pidió el divorcio o se había dado, circunstancia que se había acreditado que acontecía en el caso. Pues bien, la parte recurrente interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por incorrecta aplicación del Derecho extranjero regulador del fondo del litigio (Ley alemana), y como resultado de lo anterior, infracción de lo dispuesto en el artículo 281 LEC y en el artículo 24 CE en relación con el artículo 33 CE, así como por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁴⁵. Planteado el recurso en esos términos, el Tribunal Supremo lo inadmitió, entre otras razones, por pretenderse en el recurso una nueva prueba exhaustiva del Derecho extranjero, cuando la sentencia recurrida estableció que estaba acreditado que la demandante recurrente no tenía derecho en la sucesión de su esposo atendiendo al contenido, acreditado, del

¹⁴⁰ ECLI:ES:TS:2021:3188.

¹⁴¹ Remarcándose que así lo ha declarado dicha Sala en reiteradas sentencias y el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución.

¹⁴² Ya el auto del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018, con la LCJIMC en vigor, había avalado la aplicación del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho búlgaro. El auto en cuestión inadmitió por inexistencia de interés casacional por falta de respeto a la valoración de la prueba relativa al Derecho búlgaro efectuada en la sentencia recurrida (ECLI:ES:TS:2018:4727A).

¹⁴³ También en la sentencia de 15 de enero de 2019, donde se abordó la Ley aplicable a la sucesión de un británico residente en España, el Tribunal Supremo se refirió al artículo 33 LCJIMC, pero sólo para señalar que dicha norma integra nuestro sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero (ECLI:ES:TS:2019:56; F.D. 3, 1); una evidencia que, a la vista de las resoluciones de las audiencias provinciales, no está de más recordar.

¹⁴⁴ ECLI:ES:TS:2020:1961A.

¹⁴⁵ Concretamente invocó las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 y de 25 de enero de 1999, que establecieron cómo el Derecho extranjero debe probarse de un modo exhaustivo.

artículo 1933 *BGB*. Por lo tanto, el Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse sobre la falta de prueba del Derecho extranjero, porque éste había sido correctamente probado¹⁴⁶.

108. Por su parte, mediante auto de 19 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo volvió a inadmitir a trámite un recurso por infracción procesal junto a un recurso de casación interpuesto en este caso por la no aplicación del Derecho marroquí a la resolución de un litigio en materia comercial¹⁴⁷. El recurso no se admitió, por un lado, porque dicha pretensión, reiterada en el acto del juicio, si bien fue omitida en la sentencia de primera instancia, no es cierto que fuera en el recurso de apelación cuando por vez primera se sostuviera la aplicación del Derecho marroquí¹⁴⁸; y, por otro, porque al plantearse en casación la inaplicación de la Ley marroquí¹⁴⁹, se trataba de privar de validez a la fundamentación jurídica de la sentencia ajustada al Derecho español indebidamente aplicado y se planteaban así cuestiones nuevas, algo no admitido por el artículo 483.2.4.º LEC.

VI. Conclusiones

109. A la vista de lo expuesto hemos de concluir que, hasta la fecha, la jurisprudencia existente en torno al artículo 33.3 LCJIMC no nos hace ser muy optimistas en cuanto al desarrollo del precepto atendiendo a la filosofía que a nuestro entender trasluce en su interior. Las audiencias provinciales, de una manera abrumadora, siguen aplicando con automaticidad el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero, y en una gran mayoría de ocasiones sin hacer ni siquiera referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC, lo cual es ciertamente preocupante dado que el mismo se encuentra en vigor desde el 20 de agosto de 2015. Lamentablemente, salvo encomiables excepciones, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019, se sigue acudiendo a la comodidad de aplicar el Derecho patrio sin más ante la falta de prueba extranjera, algo que entendemos está fuera de lugar atendiendo a la regulación contenida en el precepto en cuestión.

110. Y, con este panorama, los operadores jurídicos saben a qué carta pueden jugar en cada caso según el derecho que más les convenga: bien planteando la demanda obviando la internacionalidad del supuesto (confiando en el que el tribunal no entrará en valorar el art. 12.6 CC) o bien dejando de probar el Derecho extranjero aplicable con el fin de que el tribunal aplicará finalmente el Derecho español. Un ejemplo puede resultar ilustrativo: un matrimonio venezolano residente en España se separa de hecho, el marido regresa a Venezuela y, en tal situación, transcurrido más de un año, la esposa presenta demanda de divorcio ante los tribunales españoles, que son competentes ex artículo 3 del Reglamento 2201/2003. En teoría dicho divorcio, a tenor del artículo 8, c) del Reglamento 1259/2010, deberá regirse por el Derecho venezolano. Pero la actora sabe que el Derecho venezolano, aparte de que habría de acreditarlo, exige una separación de hecho por más de cinco años para que proceda la solicitud de divorcio (art. 185A del Código civil de Venezuela), requisito que todavía no se cumple. Pues bien, en esta situación puede interesar a la solicitante del divorcio plantear el procedimiento como si de un litigio puramente interno se tratara, a ver “si cuela”, o, si invoca la aplicación del Derecho venezolano -que es el teóricamente aplicable-, no realizar esfuerzo alguno en aras a probarlo, y acogerse a la mayoritaria

¹⁴⁶ Por las mismas razones, porque lo que se pretendía era una nueva valoración de la prueba practicada, el auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 también inadmite un recurso de casación en un litigio que versaba sobre la prueba del Derecho armenio (ECLI: ES:TS:2018:13621A).

¹⁴⁷ ECLI:ES:TS:2021:6440A.

¹⁴⁸ Para el Tribunal Supremo el recurrente obviaba que es la parte la que debía alegar y acreditar la vigencia y contenido del Derecho extranjero cuya aplicación solicitaba, no bastando con la mera alegación realizada en el escrito de contestación. Si la sentencia de primera instancia había aplicado el Derecho español sin desestimar la invocación del Derecho extranjero y sin declarar la falta alguna de prueba del Derecho marroquí, esto es, omitiendo todo pronunciamiento al respecto, la parte ahora recurrente debió haber solicitado su aclaración o complemento y, sin embargo, no lo hizo, siendo extemporáneo realizarlo al formular el recurso de apelación.

¹⁴⁹ En concreto, los artículos 1134 y 1136 del Código de Obligaciones y Contratos de Marruecos.

doctrina de nuestras audiencias provinciales para que se proceda directamente a la aplicación del Derecho español, con el consiguiente resultado favorable a sus intereses.

111. Para evitar estas artimañas, que se ven en la práctica con frecuencia, debe partirse de que la premisa valorativa principal del régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero se contiene en el artículo 12.6 CC. Este precepto reviste una importancia radical a la hora de perfilar la alegación y prueba del Derecho extranjero porque indica que las normas de conflicto son imperativas. En consecuencia, las partes no pueden prescindir de lo que resulta de las normas de conflicto y “pactar” su no aplicación cuando estas conduzcan a la aplicación de un Derecho extranjero. Cuando la norma de conflicto española ordena aplicar un Derecho extranjero, será éste y no otro el Derecho que debe regular la situación. Esta premisa valorativa ha de condicionar todo el régimen de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el sistema español. Es decir, la excepcionalidad a la que alude el artículo 33.3 LCJIMC debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación del Derecho español a la mínima oportunidad, lo que de hecho implica dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes.

112. Realmente el artículo 33.3 LCJIMC alude únicamente a los supuestos en los que “con carácter excepcional, no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Ello ha de significar que las partes han debido intentar -diligentemente- la prueba de tal Derecho, que el tribunal, en su caso, ha colaborado cumpliendo con su deber y que, aun así, ha resultado materialmente imposible la prueba. Se debe tratar por lo tanto de supuestos realmente excepcionales, extremos, y es quizás en este ámbito en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo debería profundizar en cuanto tenga ocasión para aclarar lo que realmente significa aplicar el Derecho español sólo en casos “excepcionales” en el marco del artículo 33.3 LCJIMC.

113. Ante una falta de prueba del Derecho extranjero por una clara negligencia de la parte que debe acreditarlo, la opción de aplicar el Derecho español conlleva un flagrante incumplimiento del mandato del artículo 12.6 CC. Y si a requerimiento del tribunal para que, ex artículo 231 LEC, se aporte prueba suficiente y se subsane el defecto en que se incurre, la parte continúa pasiva, evidenciando una actitud de mala fe, entonces, llegados a este extremo, creemos que no se debería descartar la desestimación, debidamente fundamentada, de la demanda. Es más, entendemos que es lo que procedería en tales supuestos.

114. Ante esta situación hemos de señalar que la inaplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto debido a su falta de prueba tergiversa los objetivos de las normas de conflicto elaboradas en la Unión Europea, por inaplicación del Derecho estatal al que tales normas de conflicto conducen. Efectivamente, en el ámbito europeo una actitud poco definida por parte del legislador español, como acontece con el artículo 33.3 LCJIMC, acompañada por un actuar pasivo y puramente acomodaticio de los tribunales españoles, puede poner en cierto riesgo la misma existencia del espacio judicial europeo. No debe olvidarse que las normas de conflicto elaboradas por la Unión Europea, cada día más numerosas, solo son realmente efectivas si se garantiza la aplicación del Derecho extranjero designado por tales normas. En caso contrario, la armonía internacional de soluciones y, en particular, la eliminación del *forum shopping* (objetivos básicos buscados con dichas normas), se terminará desvaneciendo como azúcar en el café, e implicaría un retroceso a los años setenta, que no creo que sea lo querido por el legislador.

115. Si las partes no invocan el Derecho extranjero o manifiestan una total pasividad en cuanto a su prueba, quizás, en principio, el juez no debería desestimar la pretensión, sino tomar la iniciativa en la obtención de dicha acreditación. Si las partes tienen derecho a invocar y probar el Derecho extranjero, y han de tener en todo caso la posibilidad de debatir en torno a dicha prueba y a su propia aplicación, ello no obsta la obligación del juez de aplicar de oficio la norma de conflicto y de garantizar que el litigio sea resuelto conforme al Derecho extranjero reclamado. Sin embargo, esta aplicación de oficio parece contemplarse en nuestro ordenamiento solo para determinar procesos especiales. En efecto, según

dispone el artículo 752 LEC, en este tipo de procesos del Título I del Libro IV LEC, y en particular en todo lo referente a los menores de edad, el tribunal podrá decretar “de oficio” cuantas pruebas estime pertinentes. Y en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, ya nos indicó que, al no tratarse en el caso de un proceso especial por la materia o de orden público, no cabía la aplicación de oficio del Derecho extranjero, en seguimiento literal del artículo. 281 LEC. A pesar de ello, a nuestro entender, como hemos defendido a lo largo del trabajo, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, mediante la debida colaboración de las partes, puede proceder a tenor del artículo 33.3 LCJIMC respecto a cualquier tipo de procedimiento.

116. Hasta la fecha sólo una sentencia del Tribunal Supremo, la destacada de 3 de abril de 2018, ha aportado algo realmente interesante en relación con el artículo 33.3 LCJIMC. Pero lo aportado es algo importante; en dicha sentencia el Tribunal Supremo ha establecido de una manera clara y tajante que la aplicación sustitutoria del Derecho español, según el art. 33.3 LCJIMC, “debe hacerse solo con carácter excepcional”. Por ello esta contundente afirmación de nuestro máximo órgano jurisdiccional viene a poner en entredicho la doctrina contenida en la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales: aplicar automáticamente el Derecho español ante la mera falta de prueba, sin más, del Derecho extranjero, no es el camino correcto que deriva del artículo 33.3 LCJIMC. Ahora quedamos a la espera de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se pueda fijar de manera clara la actuación que en este ámbito relativo a la prueba del Derecho extranjero deben de llevar a cabo en cada caso los tribunales para que se cumpla lo dispuesto en la norma.

117. Al cierre de este trabajo, hemos tenido conocimiento de la publicación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:390A), donde debía probarse el Derecho alemán en un caso de un presunto incumplimiento contractual. Pues bien, en su Fundamento de Derecho cuarto, *in fine*, y siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de abril de 2018 -a pesar de no ser citada-, se indica que la excepcionalidad a la que alude el artículo 33.3 LCJIMC debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto “impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad”. Ello favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto.

118. Al margen de lo indicado, de *lege ferenda* debería hacerse hincapié en la necesaria corrección de la actual falta de claridad normativa, que seguramente se encuentre en la base de la inercia advertida en el tratamiento procesal ante la falta de prueba del Derecho extranjero. A tal efecto entendemos que debería propiciarse un reforzamiento de la diligencia en la actuación de los jueces, de modo que, por una parte, se respetase de una manera efectiva el carácter imperativo de las normas de conflicto y, por otra, se permitiese interpretar la subsidiariedad del Derecho español en su sentido más estricto, esto es, que realmente ésta sólo operase cuando, pese a la diligencia de las partes -y la colaboración del juez-, no hubiera sido posible probar y, en consecuencia, aplicar, el Derecho extranjero. He ahí donde creemos que debería situarse la llave de la excepcionalidad.

119. Mientras esto no acontezca seguiremos moviéndonos en el terreno de la nebulosa, de la inseguridad, de la especulación. El Tribunal Supremo ha marcado el camino a seguir en la sentencia de 3 de abril de 2018, pero todavía queda la concreción del concepto de excepcionalidad, qué ha de considerarse por tal y qué efectos debe producir, y ello en aras a la solución del litigio conforme a lo que marca la norma básica, la estrella polar, de nuestro sistema de Derecho internacional privado, esto es, con respeto al postulado del artículo 12.6 CC. Mientras ello no tenga lugar, como acertadamente indica F. GARAU SOBRINO en referencia a la célebre frase de *El Gatopardo*, es una verdad axiomática aquello de que “es preciso que todo cambie para que todo siga igual”.

VARIA

ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2021

ALLEGATION AND PROOF OF FOREIGN LAW: COMMENT ON THE JUDGMENT OF HIGH COURT OF 21 JULY 2021

CARMEN DOLORES ALOMAR MARTÍN
Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Laguna

Recibido:30.11.2021/ Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6698>

Resumen: La alegación y prueba del Derecho extranjero ha dado lugar a una ingente cantidad de pronunciamientos por parte de nuestros juzgados y tribunales, así como a numerosas aportaciones doctrinales. Si bien, siguen suscitándose los mismos problemas, especialmente los relativos a la carga de la prueba y el papel que deben desempeñar los órganos jurisdiccionales en esta materia. En este trabajo se aborda la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2021, en la que se mantiene el carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales en la prueba del Derecho extranjero, al tiempo que nos ofrece unas consideraciones acerca de los medios probatorios, especialmente del informe pericial, que conducen casi inexorablemente a la aplicación de la *lex fori*.

Palabras clave: Derecho extranjero, alegación y prueba, informe pericial.

Abstract: The allegation and proof of foreign law has been the subject of a huge number of pronouncements by our courts, as well as numerous doctrinal contributions. However, the same problems continue to arise, especially with regard to the burden of proof and the role of the courts in this matter. The present paper addresses the judgment of the High Court of 20 July 2021, which maintains the optional character of the intervention of the courts in the proof of foreign law, At the same time, it offers us some considerations about the means of proof, especially the expert report, which lead almost inexorably to the application of the *lex fori*.

Keywords: Foreign law, allegation and proof, report.

Sumario: I. Introducción. II. Exposición del caso. III. Alegación y prueba del Derecho extranjero. 1. Sobre el artículo 281.2 LEC. 2. Sobre el momento procesal para proponer, aportar y practicar la prueba del Derecho extranjero. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) con fecha 20 de julio de 2021¹ (en adelante, la sentencia) aborda dos cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, por un lado, las cláusulas de elección de ley aplicable en un contrato de transporte aéreo de pasajeros y, por otro, la alegación y prueba del Derecho extranjero.

¹ STS 20 julio 2021, RJ\2021\3582, (ECLI:ES:TS:2021:3073).

2. En este trabajo me voy a referir únicamente a la segunda cuestión, la prueba del Derecho extranjero que, pese a tratarse de un tema clásico de nuestra disciplina, nunca llega a tener una solución clara a los problemas que se presentan en la práctica judicial: por una parte, los problemas relacionados con las dificultades ante las que se encuentran las partes en litigio, que deben hacer frente a la obtención de la prueba, tarea que resulta complicada y económicamente demasiado costosa para buena parte de los justiciables; a lo que hay que añadir el escollo que supone probar un Derecho extranjero en el marco de una regulación procesal diseñada para probar hechos. Por otra parte, y en ocasiones como consecuencia de lo anterior, las estrategias seguidas algunas veces por las partes para evitar la aplicación de un Derecho extranjero.

3. La falta de soluciones obedece a la escasa regulación existente sobre los distintos aspectos que concurren a la hora de aplicar un Derecho extranjero². En concreto, sólo disponemos del más que cuestionado artículo 281.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación; y el artículo 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC) que hace una remisión a la LEC y la completa estableciendo respecto a la prueba dos puntualizaciones: que el valor probatorio de la prueba que se practique se determinará conforme las reglas de la sana crítica, y que los informes periciales no tendrán carácter vinculante para el órgano jurisdiccional. Asimismo, este artículo prevé la aplicación del Derecho español con carácter excepcional en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Ambos preceptos se encuentran presididos por el carácter imperativo de la norma de conflicto de acuerdo con el artículo 12.6 del Código Civil.

4. A esta escasez de regulación se une que nuestra jurisprudencia no ha tenido un posicionamiento unánime al respecto, por lo que es fácil encontrar resoluciones judiciales que adoptan soluciones completamente contrapuestas, sea en lo relativo a la alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes, sea en lo relativo a la intervención del órgano jurisdiccional en la prueba de ese Derecho, sea acerca de las consecuencias de la falta de alegación y prueba.

II. Exposición del caso

5. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) interpuso demanda de juicio verbal contra la entidad Ryanair Limited (Ryanair) ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, solicitando que se declarase el carácter abusivo de ciertas cláusulas contenidas en las condiciones generales de la contratación y, por ende, su nulidad, así como la cesación en su empleo y difusión. El *petitum* de la demanda se completó con la solicitud de inscripción de la sentencia, total o parcial, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en los periódicos de mayor tirada, así como su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, junto con la condena en costas.

6. Entre las cláusulas objeto del litigio se encontraba la relativa a ley aplicable y jurisdicción competente, que establecía la ley irlandesa como rectora del contrato de transporte, de los términos y condiciones, y del reglamento de la compañía, así como sometía todo litigio, con causa o conexión con el contrato, al conocimiento de los órganos jurisdiccionales irlandeses.

7. El Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, que conoció del asunto por turno de reparto, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y las partes, no satisfechas con el resultado obtenido, in-

² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2018, pp. 262-267. F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial, 2013, pp. 429-443, especialmente p. 430.

terpusieron sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid (en adelante, AP), resultando estos parcialmente estimados. La sentencia dictada en esta segunda instancia fue objeto de recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ryanair y de casación interpuesto por ambas partes.

8. Sólo los recursos interpuestos por Ryanair aluden a la prueba del Derecho extranjero, en concreto el Derecho irlandés, y en ambos propuso la práctica de pruebas: documental, informe pericial, e interrogatorio del perito.

9. En el recurso extraordinario por infracción procesal la citada entidad alega dos motivos: por una parte, entiende que se le ha causado indefensión al haberse infringido los artículos 33.3 de la LCJIMC y el artículo 281.2 LEC sobre la prueba del Derecho extranjero, y en consecuencia la aplicación del Derecho español en lugar del Derecho irlandés al que conducía la norma de conflicto. Por otra parte, como segundo motivo, esgrime infracción del artículo 348 de la LEC, al considerar que la sentencia recurrida no dio valor probatorio alguno a la prueba pericial aportada por la recurrente. En su recurso de casación Ryanair reproduce el primer motivo del recurso por infracción procesal.

10. Finalmente, el TS no admite la práctica de la prueba propuesta por Ryanair, y desestima los dos recursos interpuestos por esta entidad. Acerca de la estipulación que atribuía la competencia judicial internacional a los juzgados irlandeses y designaba como aplicable el Derecho irlandés, resuelve declarando abusivo el inciso relativo a la ley aplicable. De esta forma, aun cuando la valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por la AP hubiese corrido mejor suerte, o el TS hubiese admitido la práctica de prueba en esta fase de recurso, el Derecho irlandés no hubiera resultado aplicable, lo que no resta importancia a lo manifestado por el TS acerca de la prueba del Derecho extranjero.

III. La alegación y prueba del Derecho extranjero

11. Con carácter previo a la resolución de los recursos, el TS se pronunció acerca de la prueba propuesta por la entidad recurrente encaminada a acreditar el Derecho irlandés, acordando la improcedencia de su práctica en esta fase de recurso, sin perjuicio de las facultades del Tribunal para la averiguación del Derecho extranjero.

12. El TS consideró que la pretensión de la recurrente era discutir la valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por la AP, por lo que se inclina por no admitir la práctica de la prueba propuesta en ninguno de los recursos. El argumento utilizado por el Tribunal es que el artículo 281.2 LEC se refiere al contenido y vigencia del Derecho extranjero, no a su interpretación, por lo que no cabría entrar a revisar la valoración de esa prueba hecha por la AP, ni admitir su reproducción en esta fase procesal.

13. Ahora bien, al tiempo que inadmite la práctica de la prueba pone de manifiesto que ese material probatorio puede ser tenido en cuenta por el Tribunal si fuera necesario, e invoca lo ya establecido al respecto en sentencias anteriores. En concreto, reproduce los argumentos de sus sentencias de 14 de octubre de 2014³ y de 20 de mayo de 2015⁴.

14. Las citadas resoluciones parten de dos presupuestos: uno indiscutible, la aplicación de oficio de la norma de conflicto, *ex* artículo 12.6 del Código Civil, y la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto conforme el Derecho español, *ex* artículo 12.1 del mismo cuerpo legal. Y otro de corte histórico, el tratamiento que recibe el Derecho extranjero es similar a un hecho, debiendo probarse contenido, vigencia, así como su alcance y autorizada interpretación, recayendo esta carga sobre la parte que lo alega.

³ STS, 14 octubre 2014, RJ\2015\2,ECLI:ES:TS:2014:5567.

⁴ STS, 20 mayo 2015, RJ\2015\2460,ECLI:ES:TS:2015:3159.

15. Además, abogan por una flexibilización del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre Derechos disponibles, debida a que el Derecho extranjero no es un simple hecho, por lo que su infracción es base para interponer un recurso de casación, y el tribunal no queda sujeto a la prueba aportada por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios estime necesarios para su averiguación. Esta flexibilidad llevaría a poder admitir prueba del Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o, incluso, en casación, pero sin convertir esta posibilidad en un nuevo juicio, y siempre y cuando hubiera sido alegado en el momento procesal oportuno.

16. Asimismo, mantienen que el tribunal tiene la facultad de emplear los medios a su alcance para probar el Derecho extranjero, pero no es una obligación, por lo que no se puede alegar infracción del artículo 281.2 LEC ante la falta de averiguación del Derecho extranjero por parte del órgano jurisdiccional.

17. Y, finalmente, ambas resoluciones apoyan que las consecuencias de la falta de prueba no es la desestimación de la demanda sino la aplicación de la *lex fori*.

18. Por lo tanto, nada nuevo viene a aportar en esta ocasión el TS ya que se reproduce los mismos argumentos de resoluciones anteriores en la que se defiende la línea del carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales y la aplicación del Derecho material español ante la falta de prueba.

1. Sobre el artículo 281.2 LEC

19. La redacción del artículo 281.2 LEC al referirse a que el tribunal “pueda” valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios, junto con la exigencia histórica de que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes, sigue sirviendo al TS para mantener el carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales a la hora de probar el Derecho extranjero.

20. Que el citado precepto no haya resuelto cuándo debe probarse el Derecho extranjero por las partes y cuándo de oficio por el órgano jurisdiccional ha sido reiteradamente criticado por la doctrina⁵. De hecho, con la entrada en vigor de la LEC, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ vaticinaron que la inercia del TS sería mantenerse en los postulados históricos, como así ha resultado⁶.

21. Desde una perspectiva estrictamente práctica hay que tener en consideración que cuando las partes, o al menos una de ellas, invoca una norma de conflicto que le remite a un Derecho extranjero resulta inevitable que desde el primer momento esta parte disponga de prueba sobre el contenido, y especialmente sobre la aplicabilidad, de ese Derecho que va a utilizar para elaborar la fundamentación jurídico material de su escrito de demanda o, en su caso, de contestación. Lo habitual es que el abogado no conozca el Derecho extranjero, por lo que es el primer interesado en hacerse con una prueba sólida sobre su contenido ya que es lo único de que dispondrá para fundamentar jurídicamente sus pretensiones y conseguir que estas prosperen. Otra cosa es que la prueba que haya conseguido sea limitada o insuficiente, cosa que suele ocurrir por falta de medios, especialmente económicos, o dificultades relacionadas con la situación del Estado cuyo Derecho se pretende aplicar.

22. En este marco la participación del órgano jurisdiccional en la prueba del Derecho extranjero podría quedar en el ámbito de la simple colaboración o, incluso, para su mayor seguridad a la hora de

⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia: Revista Española de Derecho Procesal*, 2000 (11), pp. 1155-1170. F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional...”, op. cit., p. 430.

⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho ...”, op. cit., p. 1159.

dictar sentencia, valerse de cuantos medios de averiguación tenga a su alcance para completar los medios de prueba propuestos por la parte aun cuando estos puedan ser considerados suficientes⁷.

23. Sin embargo, ¿qué ocurriría si ninguna de las partes alega el Derecho extranjero, y en consecuencia, no aporta prueba sobre el mismo?. Es sin duda la cuestión que más debate ha generado, dando lugar a diversos posicionamientos doctrinales, todos ellos acompañados, en mayor o menor medida, por nuestra jurisprudencia y no exentos de pros y contras.

24. De forma somera, las principales tesis propuestas ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero por la parte serían: la aplicación de la *lex fori*, la desestimación de la demanda, la aplicación de oficio del Derecho extranjero⁸.

25. La primera de ellas, la aplicación de la *lex fori*, en nuestro caso del Derecho material español, es la mayoritariamente seguida por nuestros tribunales⁹. Si bien, se trata de una solución criticada dado que supone la vulneración del carácter imperativo de la norma de conflicto, unido a la inseguridad jurídica que supone, y que favorece las conductas estratégicas de las partes.

26. La desestimación de la demanda es considerada por algunos autores como la solución más correcta desde un punto de vista dogmático¹⁰, al no vulnerar el carácter imperativo de la norma de conflicto y evitar que las partes eludan la aplicación del Derecho extranjero y consigan aplicar el Derecho español a su voluntad. Si bien, esta corriente se encuentra con la dificultad que supone la unificación de doctrina del TS a través de su Sentencia de 4 de noviembre de 2004 en la que descarta la posibilidad de desestimar la demanda¹¹.

27. Otro sector doctrinal defiende la aplicación de oficio del Derecho extranjero, apoyándose en el referido carácter imperativo de la norma de conflicto y su aplicación de oficio por parte de los Tribunales¹². Para los seguidores de este planteamiento, la imperatividad de la norma de conflicto se ve acom-

⁷ Esta colaboración partes/órgano jurisdiccional cuando la parte ha invocado el Derecho extranjero, pero la prueba no ha sido suficiente, cuenta con apoyo doctrinal, así F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 47-48. A. MARÍN LÓPEZ, “La prueba de la ley extranjera en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. 1, 2001, pp. 405-423. F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nº678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366.

⁸ Además de estas tesis se han propuesto otras menos apoyadas doctrinal y jurisprudencialmente como son la inadmisión de la demanda y la retroacción de las actuaciones procesales al momento en el que debió alegarse el Derecho extranjero. Sobre las distintas tesis A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, nº 6238, 25 Abril. 2005, pp. 1880-1896.

⁹ Una amplia relación de resoluciones judiciales que siguen la línea de la aplicación de la *lex fori* la ofrece J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Pamplona, 2016. p. 177. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 521-523, consideran que si las partes han invocado el Derecho extranjero y han propuesto prueba, el papel del juez no es pasivo sino que tiene deberes o facultades para investigar de oficio ese Derecho. Estos autores plantean un sistema conflictual facultativo conforme al cual la norma de conflicto solo sería aplicable de oficio cuando designa el Derecho español, en caso de que designe un Derecho extranjero este se aplicaría si la parte lo invoca y lo prueba. La falta de prueba conduciría a la aplicación del Derecho español.

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 300. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 33” en A. FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Bosch, 2017, p. 291.

¹¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 178, consideran que el tenor del artículo 33.3º LCJIMC descarta definitivamente la opción de desestimación de la demanda ante la falta de alegación y prueba. Otros autores entienden que el citado precepto está previsto únicamente para aquellos casos puramente excepcionales en los que ha resultado imposible probar el Derecho extranjero, pero nunca debería aplicarse cuando la parte ha obviado alegar el Derecho extranjero o no ha sido diligente en la prueba. En este sentido, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 33”, op. cit. pp. 293-294.

¹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Aplicación Judicial del Derecho extranjero: La desconcertante práctica judicial, lo estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº6287, 4 julio 2005, pp. 2004-2007. L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero, una relectura en clave procesal y constitucional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 483-503. P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del*

pañada por la previsión del artículo 281.2 LEC al referirse a “medios de averiguación” que el tribunal estime necesarios, junto con la posibilidad contemplada en el artículo 282 LEC que permite al órgano jurisdiccional acordar prueba de oficio cuando así lo establezca la ley¹³. Si bien, ponen de manifiesto que la aplicación de oficio del Derecho extranjero debe llevarse a cabo con cautela, para evitar efectos sorpresivos y no alterar los términos del debate¹⁴, así como manifiestan la necesidad de una aclaración al respecto por parte del legislador¹⁵.

28. La aplicación de oficio del Derecho extranjero podría tener un efecto disuasorio en aquellos casos en los que la falta de alegación y prueba de ese Derecho se deba a que las partes obvian la norma de conflicto para evitar las dificultades que, inevitablemente, conlleva la aplicación de un Derecho extranjero. Si el resultado de no alegar ni probar el Derecho extranjero conduce a la aplicación del Derecho material español, supondrá que las partes han conseguido su objetivo. Por el contrario, la aplicación de oficio de la norma de conflicto y su averiguación por parte del juez podría disuadir a las partes ante el uso de este tipo de estrategias. Efecto disuasorio que se vería incrementado si sobre ellas recayera el coste que suponga la obtención de esa prueba¹⁶.

29. En la sentencia objeto de este trabajo el TS manifiesta que “*la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español....*”. Se poya el TS en las sentencias anteriormente citadas de 2014 y 2015, y en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001¹⁷.

30. Ahora bien, en este asunto la parte, Ryanair, sí había alegado el Derecho irlandés y había aportado prueba, por lo que no es equiparable al supuesto de falta de alegación del Derecho extranjero en el que las partes eluden la existencia de una norma de conflicto cuyo carácter es imperativo *ex* artículo 12.6 del Código Civil.

31. Recientemente, el TS en su auto de fecha 19 de mayo de 2021¹⁸ aboga por la misma solución que en la sentencia analizada, esto es la aplicación del Derecho material español, en un supuesto en el que la parte no invocó el Derecho extranjero, en concreto el Derecho marroquí, en su escrito de contestación a la demanda e intentó introducirlo en segunda instancia.

32. Por lo tanto, el TS sigue sin distinguir los casos en los que la parte acude a la norma de conflicto e intenta probar el Derecho extranjero al que esta remite, de aquellos otros en los que la parte adopta la estrategia cómoda de invocar el Derecho material español, eludiendo la norma de conflicto aun sabiendo de su aplicabilidad al litigio.

33. Así, en el hipotético supuesto de que la cláusula de elección de ley obrante en el contrato de Ryanair no hubiese devenido nula el resultado obtenido hubiera sido el mismo, esto es, se hubiera

Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial efectiva, Madrid, Dykinson, 2007, p. 241. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 180-181.

¹³ F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional ...”, op. cit. p. 433, pone de manifiesto aquellos procesos especiales en los que se puede decretar de oficio las pruebas que se estimen oportunas, aun cuando las partes no la hayan propuesto, entiendo que en esos supuestos puede apreciarse una actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional. Entre estos procesos se encuentran, entre otros, el de separación, nulidad y divorcio, y parece obvio que esa actividad sustitutiva, lamentablemente, no ha sido apreciada por los órganos jurisdiccionales en lo relativo a la prueba del Derecho extranjero, ya que son muchas las sentencias dictadas en este tipo de procesos en los que se ha aplicado la *lex fori* al considerar el juzgador que el Derecho extranjero no se había probado de forma suficiente.

¹⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Aplicación Judicial del Derecho extranjero...”, op. cit., p. 2005.

¹⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 182.

¹⁶ Este efecto disuasorio también se vería claramente en la desestimación de la demanda si esta opción no se encontrase con el obstáculo indicado en el párrafo 27.

¹⁷ STC nº155/2001, RTC\2001\155.

¹⁸ ATS, 19 mayo 2021, JUR\2021\174458, (ECLI:ES:TS:2021:6440).

aplicado el Derecho español. La valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por el juzgador de instancia, unido al carácter facultativo de la intervención del Tribunal en la prueba del Derecho extranjero, hubiera tenido como consecuencia la aplicación del Derecho material español, exactamente igual que si Ryanair no hubiese alegado ni intentado probar el Derecho irlandés.

34. Sin perjuicio de la corriente que pueda considerarse más ajustadas al carácter imperativo de la norma de conflicto, lo cierto es que la solución al problema siempre termina quedando en manos de los órganos jurisdiccionales, y de los últimos pronunciamientos del TS resulta que todos los caminos parecen conducir a la aplicación de la *lex fori*.

2. Sobre el momento procesal para proponer, aportar y practicar la prueba del Derecho extranjero.

35. Doctrinalmente se ha puesto de relieve que el artículo 281.2 LEC guarda silencio sobre varios aspectos, entre ellos, el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero¹⁹.

36. En el proceso del que trae causa la sentencia objeto de este comentario se discutió en primera y segunda instancia el momento procesal en el que Ryanair había aportado la prueba sobre el Derecho irlandés, en concreto el informe pericial. La parte actora, OCU, consideró que el informe pericial se había presentado extemporáneamente al ser aportado en el acto de la vista. Si bien, esta alegación de la OCU no prosperó ya que en el momento de interposición de la demanda estaba aún vigente el juicio verbal conforme la LEC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 42/2015, por lo que Ryanair, correctamente, en el acto de la vista contestó a la demanda, alegó del Derecho irlandés, propuso la prueba pericial, y la aportó a los autos, con la consiguiente dificultad para la actora que no supo del informe pericial hasta ese momento²⁰.

37. Este problema del carácter sorpresivo de la prueba aportada por la parte demandada en el marco del juicio verbal no se plantea hoy en día, dada la citada modificación de la LEC que ha llevado a que la contestación a la demanda se presente por escrito en el plazo de diez días (art. 438 LEC).

38. En los juicios declarativos ordinarios, tenemos que distinguir entre la proposición de la prueba, que el caso del juicio verbal será en el momento previo a la celebración de la vista (art. 443 LEC) y en el juicio ordinario en la audiencia previa (art. 429 LEC) y el momento de su práctica, que el caso del juicio verbal será en la vista (art. 443 LEC) y de tratarse de un juicio ordinario durante la celebración del juicio (art. 433 LEC). En general, en el caso de que la prueba a proponer sea documental y/o informes periciales, hay que tener presente el momento de su aportación a los autos, que será con el escrito de demanda y de contestación (art. 265.1.2ª y 336 LEC). Por lo tanto, en principio, si la parte demandada pretende invocar un Derecho extranjero dispondrá de veinte días en el juicio ordinario, y diez días en el juicio verbal, para conocer el contenido de ese Derecho extranjero y así poder alegarlo y fundamentar jurídicamente su escrito de contestación. Y, en el mismo plazo, tendrá que disponer de los documentos y el informe pericial que deberán acompañar al escrito de contestación (sin perjuicio de la flexibilización que ha llevado a admitir practicar prueba sobre el Derecho extranjero de forma extemporánea).

39. Desde una perspectiva estrictamente práctica debemos cuestionarnos si los hitos procesales indicados se ajustan a la particularidad que supone la prueba del Derecho extranjero frente a la prueba

¹⁹ F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero...”, op.cit., p. 2344.

²⁰ F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero...”, op. cit., pp. 2351, pone de manifiesto las dificultades de la parte actora debido a la unidad de acto que regía el antiguo juicio verbal, y el carácter sorpresivo que podía suponer para esta encontrarse con la alegación de un Derecho extranjero y la proposición y práctica de una prueba que previamente no había podido analizar.

de simples hechos, especialmente para la parte demanda, que solo dispone de veinte días para contestar la demanda, o diez dependiendo del juicio de que se trate. A lo que hay que unir la dificultad que entraña probar un Derecho extranjero y la complicada labor que deben realizar las partes para que la prueba propuesta sea admitida y, una vez practicada, sea considerada suficiente por el juzgador (casi más complicado lo segundo que lo primero).

40. En la sentencia que nos ocupa la prueba del Derecho irlandés se propuso y aportó en primera instancia, en el momento de la contestación de la demanda por parte de Ryanair. El TS no admite en este caso practicar más prueba en fase de recurso extraordinario por infracción procesal y casación por los motivos indicados en el párrafo 12 de este trabajo, pero la sentencia sí mantiene la línea ya abierta en resoluciones anteriores que admiten practicar prueba sobre el Derecho extranjero en segunda instancia y en casación, siempre y cuando ese Derecho se hubiese alegado en el momento procesal oportuno (en general, en el escrito de demanda o, en su caso, en la contestación). En concreto, la citada resolución de 14 de octubre de 2014 el TS fijó que “...*el Tribunal puede valerse de los medios de averiguación que estime necesarios, aunque haya precluido el plazo de proposición, lo que constituye un supuesto excepcional que matiza los principios dispositivos de aportación de parte y el de preclusión...*” Obviamente, el medio del que se vale el Tribunal es dar una oportunidad a las partes para proponer prueba en un momento procesal en el que el plazo ha precluido.

41. Con ello el TS suple, en cierta medida, el hecho de que la prueba del Derecho extranjero no disponga de preceptos propios distintos a los previstos para la prueba de los hechos. Si bien, la concesión que hace el TS a favor de las partes para que estas puedan practicar prueba extemporáneamente la considera como un “medio de averiguación del Derecho extranjero” del que puede valerse el Tribunal cuando la parte alegó el Derecho extranjero en el momento procesal oportuno pero con prueba insuficiente. Este medio de averiguación se une a otros expresamente contemplados en la LEC, como la previsión del artículo 429.1, párrafo 3º, que permite al juez en la audiencia previa de los juicios ordinarios, y en los verbales por remisión del artículo 443.3, poner de manifiesto la insuficiencia probatoria de las partes y señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente; o la práctica de diligencias finales en el juicio ordinario previstas en el artículo 435 LEC. Estos medios tienen un común denominador, esto es, la no implicación del órgano jurisdiccional en la labor de investigación de ese Derecho extranjero.

III. La prueba pericial como medio para acreditar el Derecho extranjero.

42. En el recurso extraordinario por infracción procesal Ryanair alega dos motivos: en primer lugar, la infracción del artículo 33.3 LCJI (aunque el asunto se inició con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley) en relación con el artículo 281.2 LEC, lo que, según la recurrente, le habría causado indefensión al haberse resuelto la controversia conforme al Derecho español y no conforme al Derecho irlandés. Y, en segundo lugar, infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y el artículo 348 LEC.

43. En el recurso de casación reproduce las mismas alegaciones, y considera, en el primer motivo, que se han infringido los artículos 33.1 y 33.3 LCJI en relación con el artículo 281.2 LEC por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero.

44. El TS deja zanjadas todas las cuestiones planteadas por la recurrente en ambos recursos sentando los mismos argumentos que utilizó para descartar la práctica de prueba en casación:

45. En primer lugar, que los órganos jurisdiccionales no están obligados por el artículo 281.2 LEC a realizar más “gestiones” para probar el Derecho extranjero que la simple admisión de las pruebas propuestas por la parte que lo invoca.

46. En segundo lugar, que considerar la prueba del derecho extranjero insuficiente y, por ende, aplicar la *lex fori*, no es una cuestión procesal sino de valoración jurídica.

47. De esta forma, el TS descarta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional coopere con las partes en la prueba del Derecho extranjero, al resolver afirmando que sobre estos no recae obligación alguna más allá de admitir la prueba propuesta por la parte. Este argumento lo completa al resolver el recurso de casación añadiendo que no hay estándares de actuación para los órganos jurisdiccionales en cuanto a su participación en la prueba del Derecho extranjero. Así el TS avala la pasividad de juzgados y tribunales en la prueba del Derecho extranjero, aun cuando haya habido actividad probatoria por la parte que lo alega, considerando la admisión de la prueba propuesta como “gestión” suficiente.

48. En tercer lugar, junto con consideraciones generales sobre la prueba pericial el TS manifiesta que lo que procedería en la prueba pericial del Derecho extranjero es “*un dictamen sobre su existencia y vigencia*”, no una “*pericia jurídica sobre la interpretación de las normas*”.

49. Queda claro del texto del artículo 33.4 LCJI que el informe pericial no vincula al órgano jurisdiccional, además el informe no debe contener valoraciones personales del experto que lo emite. Si bien, del texto literalmente extraído de la sentencia parece que el TS se conforma con que el informe aborde solamente la existencia y vigencia del Derecho extranjero, ya que nada dice sobre la necesidad de acreditar su alcance y aplicabilidad.

50. No hay un patrón que marque los puntos que debe contemplar un informe pericial sobre Derecho extranjero, si bien, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GÓNZALEZ proponen seguir los requisitos exigidos por el Juzgado de lo Mercantil nº8, en su resolución de 5 de febrero de 2013²¹, lo que facilitaría la elaboración de un informe pericial con garantías de que pueda ser valorado como prueba suficiente, especialmente cuando este informe constituye la única prueba aportada por la parte.

51. Ahora bien, teniendo en consideración que el TS ante la prueba insuficiente apuesta por la aplicación del Derecho material español, y no por la colaboración del órgano jurisdiccional en la prueba del Derecho extranjero, resulta conveniente para la parte proponer diversos medios de prueba, aunque no sea obligatorio al considerarse superada la antigua jurisprudencia del TS que exigía prueba documental y pericial cumulativamente²². Aun así, proponer varias pruebas tampoco parece garantizar que se termine aplicando el Derecho extranjero ya que en el presente asunto Ryanair no se limitó a proponer la prueba pericial sino también documental, y sobre esta última nada manifiesta la sentencia.

IV. Consideraciones finales

52. Con esta sentencia de 20 de julio de 2021 el TS mantiene claramente lo establecido en resoluciones precedentes en lo relativo al carácter facultativo de la participación de los órganos jurisdiccionales en la prueba del Derecho extranjero, sin hacer distinción alguna entre los supuestos en los que la parte no ha alegado el Derecho extranjero y, por ende, no ha habido actividad probatoria alguna, y aquellos en los que la parte sí ha alegado ese Derecho extranjero en el momento procesal oportuno y ha aportado la prueba, pero esta no ha sido suficiente.

53. Esto supone que la parte que alega el Derecho extranjero y hace un esfuerzo en aras a probar su contenido, vigencia y aplicabilidad puede acabar obteniendo el mismo resultado que si hubiese obviado la norma de conflicto y el Derecho extranjero al que esta remita. En ambos casos, el resultado será la aplicación del Derecho material español.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional* ..., op. cit., p. 288.

²² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional*..., op. cit., p. 286.

54. El TS confirma el carácter especial de la prueba del Derecho extranjero frente a la prueba de meros hechos, por lo que sigue apoyando medidas especiales como admitir proposición y práctica de prueba en segunda instancia e incluso en casación. Si bien, esa especialidad no la tiene en consideración a la hora de colaborar con las partes que han alegado el Derecho extranjero, o a la hora de buscar soluciones que completen las carencias de la legislación existente en la materia, de forma que se permita una realización efectiva del Derecho Internacional Privado. En los supuestos en los que el órgano jurisdiccional decide colaborar en la prueba del Derecho extranjero los medios de averiguación que considera a su alcance siguen haciendo recaer el esfuerzo probatorio en la parte, lo que de nada sirve si la parte ya ha agotado todas las vías a su alcance para poder probar ese Derecho extranjero.

55. La aplicación de la *lex fori* va camino de convertirse en la salida recurrente de nuestros órganos jurisdiccionales, y esta sentencia de TS es un apoyo más a una solución que debería ser excepcional. En este sentido, la aplicación judicial del Derecho extranjero no parece avanzar por la misma vía que la aplicación extrajudicial, marco en el que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha manifestado en varias ocasiones que Notarios y Registradores no solo deben hacer uso de los medios previstos en LCJIMC, sino también de los medios proporcionados por E-Justicia, yendo incluso más allá al considerar aconsejable cierto conocimiento de los Ordenamientos Jurídicos de los países de nuestro entorno cuyos nacionales residen habitualmente en zonas turísticas españolas ²³.

²³ Resolución de 25 de agosto de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, *BOE* de 14 de octubre de 2021.

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA TERRITORIAL
RESPECTO AL EXEQUÁTUR DE RESOLUCIÓN JUDICIAL
EXTRANJERA PROVENIENTE DE UN TRIBUNAL
ESTADOUNIDENSE: ACERTADA SELECCIÓN DEL BLOQUE
NORMATIVO APLICABLE. A PROPÓSITO DEL AUTO
N.º 260/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO

NEGATIVE CONFLICT OF TERRITORIAL JURISDICTION
REGARDING THE EXECUTION OF A FOREIGN JUDICIAL
RESOLUTION FROM A US COURT: ACCURATE SELECTION OF
THE APPLICABLE NORMATIVE BLOCK: FOR THE PURPOSE
OF ORDER NO. 260/2020 OF THE SUPREME COURT

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria Predoctoral. Gobierno Vasco
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido:13.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6699>

Resumen: El Auto del Tribunal Supremo resuelve con acierto el conflicto negativo de competencia planteado entre un juzgado de Bilbao y otro de Santoña, en relación a la solicitud de exequátur de una decisión judicial dictada en origen por un tribunal de EEUU. La fundamentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo es correcta al seleccionar con acierto el bloque normativo interno (Ley 20/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil) como cauce legal a través del cual resolver tal solicitud, al provenir la decisión judicial de los tribunales de un tercer Estado (en este caso, EEUU) no miembro de la UE, y con el que no existe convenio multilateral o bilateral aplicable al supuesto.

Palabras clave: exequátur, conflicto negativo de competencia territorial, norma aplicable.

Abstract: The Order of the Supreme Court correctly resolves the negative conflict of jurisdiction raised between a court in Bilbao and another in Santoña, in relation to the request for exequatur of a judicial decision issued originally by a US court. The legal basis of the Supreme Court Order is correct when selecting the internal regulatory block (Law 20/2015, of July 30, on International Legal Cooperation in Civil Matters) as the legal channel through which to resolve such request, when proceeding the judicial decision of the courts of a third State (in this case, the US) that is not a member of the EU, nor with which there is a multilateral or bilateral agreement applicable to the case.

Keywords: exequatur, negative conflict of competence, applicable law.

Sumario: I. Origen del conflicto negativo de competencia. II. Determinación del cauce procesal y de la norma aplicable a la solicitud de exequátur. III. Competencia judicial funcional y territorial para conocer del procedimiento de exequátur en España. IV. Consideraciones finales.

I. Origen del conflicto negativo de competencia

1. El Auto del Tribunal Supremo n.º 260/2020, de 9 de marzo de 2021¹ resuelve el conflicto negativo de competencia territorial suscitado entre un Juzgado de Bilbao y otro de Santoña en relación a la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia de condena dineraria dictada por un tribunal estadounidense (en concreto, por el Juzgado de Kings, Nueva York). En la petición de exequátur se indicó que el demandado tenía su domicilio en el municipio de Basauri (Bizkaia).

2. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao dictó Auto de fecha 21 de enero de 2020² por el que se declaró incompetente por dos motivos: en primer lugar, en atención al emplazamiento negativo realizado al demandado en el domicilio señalado en la solicitud y por otro lado porque en la averiguación domiciliaria practicada se acreditó que constaba un domicilio en el municipio de Bárcena de Cícero (partido judicial de Santoña, Cantabria).

3. Por Auto de 9 de octubre de 2020³ el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santoña se declaró a su vez incompetente y planteó el conflicto de competencia negativo al no haber podido localizar al demandado en su demarcación judicial.

II. Determinación del cauce procesal y de la norma aplicable a la solicitud de exequátur

4. El Auto objeto de la presente Nota plantea en esencia un problema muy concreto: la determinación del tribunal territorialmente competente en España para proceder al reconocimiento y/o ejecución de la resolución extranjera que proviene de un tercer Estado no integrante de la Unión Europea y con el que no existe instrumento convencional que prevea tal dimensión competencial (en este caso, Estados Unidos, y en concreto el Juzgado de Kings, Nueva York).

5. El escueto y sobrio tenor del Auto objeto del presente comentario merece una valoración positiva porque la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo realiza una acertada selección del bloque normativo aplicable a la cuestión controvertida, de forma que su muy breve fundamentación jurídica es correcta: la norma aplicable, el bloque normativo al que acudir en este caso es el sistema autónomo o de fuente normativa interna española; y en particular resulta de aplicación la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil ⁴(en adelante, LCJIMC) en atención al tribunal de origen de la sentencia, de la decisión judicial objeto de la solicitud de exequátur. En efecto, y de forma jerarquizada y por tanto subsidiaria, para lograr que surtan efectos legales en España las sentencias y demás decisiones judiciales y no judiciales extranjeras dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la UE (supuesto aplicable en este caso) relativas a materias de Derecho privado, debe observarse, en primer término, lo dispuesto en los instrumentos legales internacionales vigentes en Derecho español. Tales instrumentos legales internacionales también serán aplicables a las decisiones procedentes de otros Estados miembros de la UE si no existe por razón de la materia un instrumento legal europeo vigente y aplicable al caso concreto.

6. En este caso es preciso señalar que no existe ningún convenio bilateral o multilateral suscrito por España con Estados Unidos relativo a la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras tal y como se señala en la “Guía de Tratados bilaterales con estados del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación”⁵.

¹ ATS 9 marzo 2021 (RJ 260/2020).

² Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao 21 enero 2020 (RJ 198/2019).

³ Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santoña 9 octubre 2020 (RJ 260/2020).

⁴ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁵ “La guía de Tratados Bilaterales con Estados” (fecha de actualización: 14/12/2021): <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20ESTADOS.pdf>.

Además, no resulta aplicable ningún instrumento internacional ni existe convenio alguno en la materia, y, en consecuencia, serán de aplicación, con el carácter subsidiario antes indicado, las normas de producción interna españolas para dilucidar si las sentencias y otras decisiones extranjeras surten efectos legales en España (art. 41-61 LCJIMC). Por ello, puede afirmarse que las normas contenidas en la LCJIMC son normas subsidiarias, aplicables tan sólo en defecto de normativa europea o convenios internacionales en vigor para España⁶.

7. Si proyectamos la acertada y escueta argumentación contenida en el Auto comentado sobre una realidad procesal cada vez más frecuente en la práctica de nuestros tribunales, cabe señalar cuál ha de ser el *iter* que deberá seguir en su argumentación procesal un tribunal español cuando conozca de un caso similar al ahora planteado: lo primero que se debe tener en cuenta es el tribunal de origen que ha dictado la resolución objeto de solicitud de reconocimiento y/o ejecución, y evaluarán en atención a tal factor el bloque normativo aplicable (el europeo, el convencional-internacional o el interno o autónomo español).

8. Como es sabido, el exequátur es el procedimiento jurídico a través del cual se examina si una decisión judicial extranjera es válida y cumple los requisitos para que posea plena eficacia y se pueda reconocer y/o ejecutar en otro país distinto de aquél en que se dictó⁷.

Con arreglo al régimen autónomo o interno español el art. 41 de la LCJIMC regula el ámbito de aplicación e indica que para la concesión del exequatur en España será necesario que las resoluciones extranjeras sean: a)- firmes (que no hayan sido recurridas) recaídas en un procedimiento contencioso b)- definitivas (adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria).

9. Tal como señalan los profesores ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸, los arts. 41-61 LCJIMC revisten una gran importancia tanto por los valores jurídicos que desarrollan (reflejando la actitud del legislador español ante la justicia extranjera) como por la extensa gama de supuestos fácticos que regulan (aplicándose a los efectos de resoluciones procedentes de todos los países del mundo y sobre cualquier tipo de materia litigiosa). Debe tenerse presente que, siendo cierto que el Derecho de la UE regula ya en la actualidad muchos supuestos de validez extraterritorial de decisiones judiciales en España provenientes de tribunales de Estados de la UE, sigue existiendo desde el punto de vista del ámbito material de aplicación de los Reglamentos Europeos todo un importante elenco de sectores del derecho privado que quedan fuera de los respectivos ámbitos de aplicación de las normas europeas, por lo que en todos esos supuestos deberá ser aplicado otro bloque normativo por parte de los tribunales españoles para proceder al reconocimiento y ejecución de tales decisiones judiciales.

10. De igual modo, España tiene firmado un número relevante de convenios internacionales con terceros Estados; sin embargo, tales convenios sólo abarcan desde una perspectiva material una pequeña parte de supuestos. El número de países con los que España no tiene firmado convenios de exequátur es abrumadoramente superior. Por ello, el impacto en la práctica de los arts. 41-61 LCJIMC es realmente significativo.

11. Por todo ello, nuestro sistema interno autónomo español puede ser calificado como subsidiario, en el sentido de quedar configurado como un bloque normativo llamado a ser aplicado solo en defecto de los dos aplicables con preferencia jerárquica, deviene especialmente importante en su aplicación práctica por parte de los operadores jurídicos. Por tal motivo cabe calificar como muy positivo el hecho de que el Derecho interno español cuente con una normativa de base que regule los efectos legales en España de toda resolución extranjera calificable como moderna y de calidad.

⁶ Auto de la AP Barcelona 6 mayo 2019 [CENDOJ 08019370152019200073].

⁷ F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *"Derecho Internacional Privado"*, 6ª edición, ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 273-280; de igual modo, A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), B. CAMPUZANO DÍAZ, M^a. A. ANGELES RODRIGUEZ VÁZQUEZ y A. YBARRA BORES, *"Manual de Derecho Internacional Privado"*, 8ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 2021, pág. 119-121;

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *"Tratado de Derecho Internacional Privado"*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 889-890.

En efecto, cabe recordar que durante una larga etapa el ordenamiento español careció de una regulación adecuada y general sobre estos aspectos. Afortunadamente, la LCJIMC ha venido a colmar una laguna preexistente y regula hoy día de forma muy satisfactoria al lograr el objetivo de una seguridad jurídica para los operadores jurídicos y para la garantía de tutela judicial efectiva, derecho que comprende igualmente esta dimensión de reconocimiento y ejecución.

12. La LCJIMC vino a colmar una laguna histórica en nuestro Derecho. La LEC del año 2000 dejó ese ámbito fuera de su regulación, pero encargó al Gobierno presentar a las Cortes un proyecto de ley “sobre cooperación jurídica internacional en materia civil” a los seis meses de su entrada en vigor. Quince años después, y tras varios intentos fallidos se cumplió ese encargo. Efectivamente, el procedimiento judicial del exequatur se regula en el Capítulo IV, del Título V, como una de las piezas claves del texto, siendo el área más necesitada de reforma en nuestro ordenamiento interno, que tras la vigencia de la Ley 1/2000 (LEC), mantuvo la aplicación de los arts. 951 a 948 de la antigua LEC de 1881, los cuales no se coordinaban con la avanzada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desbordó el tenor literal de tales preceptos, ni con leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina.

13. La LCJIMC proclama expresamente los principios generales sobre los que descansa. Es una norma que se declara facilitadora y favorable a la cooperación, y se remite al respecto al artículo 24 de la Constitución⁹. Ese precepto constitucional se proyecta también sobre la dimensión internacional o transfronteriza de la actividad de las personas: la tutela judicial debe ser efectiva tanto en el ámbito interno como internacional y por lo tanto, exige garantizar una protección internacional efectiva de sus derechos e intereses. De ahí que, con muy buen criterio, el artículo 3 de la ley exprese que: “*En la interpretación y aplicación de la presente ley se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares*”.

14. Dicho en otros términos: los derechos e intereses de los particulares deben ser tutelados judicialmente con independencia de que deriven de relaciones, patrimoniales o familiares, con nacionales o con extranjeros. Como corolario de esta idea, la Ley señala que la cooperación jurídica internacional deberá llevarse a cabo “sin dilación, de acuerdo con los principios de flexibilidad y coordinación”.

III. Competencia judicial funcional y territorial para conocer del procedimiento de exequátur en España

15. La cita obligada del art. 52 de la LCJIMC contenida en el Auto objeto de la presente Nota permite apreciar el acierto en la decisión por parte del Tribunal Supremo; en efecto, conforme a dicho precepto, la competencia funcional y territorial para conocer de las solicitudes de exequatur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o (alternativamente) de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. De forma subsidiaria, dicha competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequatur¹⁰.

⁹ Tal y como han señalado los profesores M. VIRGOS Y F.-J. GARCIMARTÍN, “*Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*”, 2ª edición, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2007, p. 41-45, y el propio F.-J. GARCÍAMARTÍN, “*Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional*”, Colección Escuela Diplomática, nº 5, 2001, pp. 61-69.

¹⁰ El precepto señala igualmente que la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia se determinará con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 1, y que si la parte contra la que se insta el exequátur estuviera sometida a proceso concursal en España y la resolución extranjera tuviese por objeto alguna de las materias competencia del juez del concurso, la competencia para conocer de la solicitud de exequátur corresponderá al juez del concurso y se sustanciará por los trámites de incidente concursal. Por último, subraya que el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos.

16. Las reglas de competencia exhaustivas recogidas en el citado art. 52 LCJIMC están sometidas al control de oficio por parte de los tribunales españoles.

17. El apartado 4 del art. 52 dispone que el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos. La norma contempla un fuero principal y dos fueros subsidiarios¹¹.

18. En relación con una sentencia de divorcio, el TS ha declarado que «esta Sala, bajo la vigencia del expresado artículo 955 LEC 1881 ya se había pronunciado sobre la competencia para el reconocimiento de las sentencias de divorcio extranjeras [...] en el sentido de mantener la competencia del juzgado del domicilio de la demandante como persona a la que se refieren los efectos de solicitud de reconocimiento de la sentencia de su divorcio [...] El fuero de competencia territorial del artículo 955 de la LEC es electivo para el actor, pudiendo plantear por tanto la solicitud de reconocimiento de la sentencia de divorcio ante el juzgado del domicilio del otro cónyuge, frente al que solicita el reconocimiento, o del domicilio de la persona a la que se refieren los efectos de dicha solicitud. Pretendiéndose el reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal argentino en la que se acordaba el divorcio de la actora, los efectos de esta resolución judicial han de recaer sobre cualquiera de las dos partes unidas con anterioridad por un vínculo matrimonial, por lo que al haberse interpuesto la demanda ante los juzgados del domicilio de la actora, en uso del fuero electivo permitido por el artículo citado, debe conocer de la solicitud de reconocimiento el juzgado ante el que correctamente se planteó la demanda de exequatur [...] Criterio, que no ha de verse alterado por la nueva regulación contenida en el artículo 52.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, que en términos similares fija como fuero principal electivo el domicilio de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera de forma que tratándose de una sentencia de divorcio que produce efectos en cualquiera de las dos partes unidas con anterioridad por un vínculo matrimonial, resulta competente el juzgado correspondiente al domicilio en España de la demandante para conocer de la solicitud de reconocimiento de la sentencia que declara su divorcio «la doctrina de esta sala mantiene que la sentencia de divorcio produce efectos para ambos ex cónyuges, por lo que es posible la presentación de la demanda de exequatur en el lugar donde el solicitante tenga su domicilio o residencia en España al tiempo de interposición de la demanda».

19. De igual modo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que no resulta necesario entrar en los fueros subsidiarios que recoge el citado art. 52.1 de la Ley 29/2015, que en último caso fija además la competencia del Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequatur. Por tanto, en estos casos la solicitud de exequatur de sentencia de divorcio puede presentarse tanto en el lugar de domicilio del propio demandante como en el del demandado¹².

20. Respecto a los foros del apartado primero del art.52, se trata de dos criterios competenciales alternativos. La persona que ha solicitado el exequátur elegirá, entre los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución y los Juzgados de Primera instancia del domicilio de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución extranjera.

21. En el caso de que ninguno de los dos foros alternativos anteriores pueda activarse, son competentes los Juzgados de primera instancia correspondientes al lugar de ejecución (foro subsidiario alternativo primero) o al lugar en el que la resolución deba producir sus efectos (foro subsidiario alternativo segundo). Este segundo foro subsidiario está previsto para las resoluciones extranjeras que no deben o no pueden ser objeto de una “ejecución propia”, sino de “actos de ejecución impropios”, como la mera inscripción de sentencias extranjeras de divorcio en el Registro Civil español¹³.

¹¹ ATS 25 junio 2019 (RJ 51/2019); ATS 17 julio 2018 (RJ 121/2018).

¹² ATS 25 mayo 2016 (RJ 408/2016).

¹³ ATS 21 enero 2020 [CENDOJ 2807911001202020018].

22. En tercer lugar, en el supuesto de que no sea posible identificar un concreto tribunal español competente para conceder el exequátur con arreglo a las dos reglas anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequátur (art. 52.1 *in fine* LCJIMC). El demandante de reconocimiento/exequátur en España presentará su solicitud ante el juzgado de primera instancia que desee, que está obligado a declararse competente al efecto.

23. En ese sentido, el art. 22 *octies* LOPJ indica que los tribunales no podrán declinar su competencia “cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los tribunales extranjeros”. Es decir, siempre debe poder identificarse un tribunal español competente para otorgar el exequátur en España de resoluciones extranjeras. El legislador de la LCJIMC ha introducido “un foro residual de rescate” que permite, en todo caso, y por poca conexión que tenga el caso con España, encontrar un juez competente para decidir sobre el *exequátur* de resoluciones extranjeras en España.

24. Una primera lectura de este artículo nos hace pensar que, si no se dan los requisitos anteriores para la atribución de competencia, difícilmente va a haber algún interés para interponer la demanda de exequátur en España, teniendo en cuenta que no parece que fuera a ser seguido aquí de una posterior ejecución. Sin embargo, sí resulta útil este criterio competencial en aquellos casos en los que la ejecución deba llevarse a cabo en varios lugares o cuando los efectos han de producirse de manera genérica en todo el territorio nacional.

25. Respecto al apartado segundo del art. 52, cuando el objeto de la resolución extranjera sea una materia mercantil, son competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de las solicitudes de *exequátur* de resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia. La precisión de los juzgados mercantiles territorialmente competentes se determinará con arreglo a los criterios anteriores previstos para las materias civiles.

26. La delimitación entre materia civil y mercantil no es sencilla y puede generar problemas de determinación de la competencia en materia de reconocimiento/exequátur entre los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de Primera Instancia. Es relevante que la materia sobre la que versa la resolución extranjera esté atribuida, en España, exclusivamente, a los jueces de lo mercantil. En caso contrario, los juzgados de lo mercantil no son competentes para conceder el exequátur.

27. El mantenimiento de la competencia “especial” de los jueces de lo mercantil se ha criticado acertadamente. La crítica se mantiene en un doble argumento: por un lado, no se puede justificar en la necesidad de respetar la diversificación de atribuciones entre estos juzgados y los de civil porque la materia objeto del litigio en el extranjero no tiene relevancia en el otorgamiento del exequatur y en la ejecución de la sentencia; por otro lado, la división hace recaer sobre el exequatur un problema de delimitación de ámbitos competenciales que puede suscitar problemas o cuestiones de competencia¹⁴.

28. Cabe recordar, en todo caso, que se trata de una distribución que se encontraba presente en la última versión del artículo 955 de la LEC¹⁵ de 1881, que utilizaba, además, en lo sustancial, los mismos criterios de atribución de competencia territorial que ahora se prevén: domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución o de la persona a quien se refieren los efectos de la

¹⁴ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *CDT*, Vol. 8 marzo 2016, núm. 1, pp. 234-259.

¹⁵ La competencia para el exequatur se vino atribuyendo tradicionalmente a la Sala 1ª del Tribunal Supremo hasta que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2003) la atribuyó a los tribunales de primera instancia. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (*BOE* núm. 266, de 4 de noviembre de 2009) estableció la competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y además resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.

resolución judicial extranjera y, subsidiariamente, lugar de ejecución o lugar en el que la resolución deba producir sus efectos. Cabe mencionar que no han operado modificaciones sustanciales, salvo en lo que se refiere al exequátur de resoluciones concursales.

29. Algunas de las diferencias entre ambos preceptos no tienen grandes consecuencias: es el caso de la supresión de la remisión que la LEC hacía a los “*tratados y otras normas internacionales*”, que no dejaba de resultar retórica y que, hace totalmente innecesario el artículo 2 de la LCJI, que se ocupa de señalar su carácter subsidiario respecto de las normas de la Unión Europea y los Tratados internacionales de los que España es parte y las normas especiales de Derecho interno. Es decir, los preceptos de la LCJI sólo serán de aplicación cuando no haya una regulación específica sobre el particular en nuestro ordenamiento jurídico. Está claro que este nuevo régimen se ha inspirado en la normativa reguladora adoptada por la UE, particularmente en el antiguo Reglamento 44/2001¹⁶ y en el vigente Reglamento 1215/2012¹⁷.

30. Por otro lado, en el texto de la LEC se aludía al domicilio o la residencia habitual y actualmente solo se hace referencia al domicilio, pero ello no constituye una modificación relevante, si se tiene en cuenta la coincidencia de ambos criterios en virtud de lo previsto en el artículo 40 del Código civil español: “*el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual*”, sin que la LEC recoja en la actualidad reglas específicas al respecto.

31. Finalmente cabe recordar que el art. 52.4 de la LJCIMC subraya en su último inciso que el órgano jurisdiccional español controlará de oficio la competencia objetiva para conocer de estos procesos. En realidad, ello significa que el tribunal español ante el que se presenta la solicitud de exequátur debe controlar de oficio si posee tanto competencia objetiva, como competencia territorial. En el caso de que no concurren a su favor tales criterios de competencia objetiva y territorial, el juez español deberá declararse de oficio incompetente (tal y como ocurre en la sentencia analizada), sin esperar que a que el demandado ponga de relieve la falta de competencia del juez español ante el que se ha solicitado el exequátur.

IV. Consideraciones finales

32. El marco normativo en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales es particularmente amplio y complejo. Dicho marco lo conforman normas convencionales –tanto multilaterales como bilaterales, reglamentos europeos y distintas normas de Derecho interno (básicamente, *Ley de cooperación jurídica internacional* y *Ley de Jurisdicción Voluntaria*). A la hora de determinar cuál de tales bloques normativos ha de ser aplicable hay que atender a su rango jerárquico y al ámbito de aplicación material y territorial de cada uno de ellos. La delimitación de dichos ámbitos es especialmente relevante, pues, en principio, ninguno de estos textos se aplica de forma cumulativa. Es decir, no puede invocarse la aplicación de dos normas distintas para reconocer en España una misma resolución judicial. En consecuencia, antes de instar ante los tribunales españoles una acción para solicitar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, debe procederse, en virtud de los ámbitos descritos, a determinar de entre las distintas normas en vigor, cuál es la aplicable al concreto supuesto.

33. En el caso ahora planteado la selección operada por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es acertada; en efecto, atendiendo al origen de la sentencia (tribunal de EEUU), y conforme al tenor del artículo 2 LJCIMC, la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil se rige con arreglo a una ordenación jerarquizada en primer lugar por las normas de la Unión Europea y por los

¹⁶ 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), DOUE L 12, de 16 de enero de 2001.

¹⁷ Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

tratados internacionales en los que España sea parte, en cuyo defecto cobrará aplicación el sistema interno o autónomo español. Pese al carácter subsidiario que tiene respecto de los reglamentos europeos y convenios internacionales, debe repararse en que el antes citado Título V de la LCJIMC tiene un ámbito de aplicación espacial particularmente amplio, pues son muchos los Estados extranjeros que no tienen régimen convencional vigente con España (por ejemplo, EEUU, supuesto objeto del Auto analizado).

LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CÓNYUGE
EN UN DIVORCIO TRANSFRONTERIZO: ¿UNA RESIDENCIA
HABITUAL MÚLTIPLE PODRÍA PRESERVAR LA SEGURIDAD
JURÍDICA?. A PROPÓSITO DE LA STJUE
DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2021, C-289/20, IB C. FA.

THE HABITUAL RESIDENCE IN A TRANSNATIONAL
DIVORCE: COULD A MULTIPLE RESIDENCE PRESERVE
THE LEGAL SECURITY?. REGARDING THE ECJ OF
25 OF NOVEMBER OF 2021, C-289/20, IB V. FA.

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.12.2021 / Aceptado: 27.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6700>

Resumen: La movilidad de las personas en la actualidad es una realidad incipiente. Hay muchos matrimonios en Europa que viven en países diferentes durante la semana pero que durante el fin de semana se reencuentran. Sin embargo, la distancia a la larga pasa factura y el divorcio siempre acecha. Pero cuando esto sucede, siempre hay una cuestión a resolver y es qué tribunal va a conocer del divorcio. Para contestar a esta cuestión un aspecto importante a determinar es la residencia habitual de los cónyuges. El objeto del presente trabajo es el análisis de la STJUE de 25 de noviembre de 2021. Es una sentencia novedosa e importante para el Derecho internacional privado de familia europeo. Novedosa porque en ella el TJUE trata por vez primera el concepto de residencia habitual de los cónyuges en virtud del art. 3.1.a) del Reglamento 2201/2003. Importante debido a que permite reflexionar sobre aspectos que tienen una aplicación práctica de calado, tales como la configuración de los foros del art. 3.1 o propio concepto de residencia habitual del cónyuge, el cual no sólo impacta en este Reglamento sino también en todos aquellos que se ocupan de las diferentes consecuencias del divorcio.

Palabras clave: divorcio, Reglamento 2201/2003, residencia habitual del cónyuge demandante.

Abstract: The mobility of people today is an incipient reality. There are many married couples in Europe who live in different countries during the week but meet again at the weekend. However, the distance takes its toll in the long run and divorce always lurks. But when this happens, there is always a question to be resolved and that is which court is going to hear the divorce. To answer this question, the star aspect to determine is the habitual residence of the spouses. The purpose of this paper is the analysis of the ECJ resolution of 25 November 25 of 2021. It is a novel and important resolution for European private international family law. Novel because in it the CJEU treats for the first time the concept of habitual residence of the spouses by virtue of art. 3.1.a) of Regulation 2201/2003. Important because it allows reflection on aspects that have a significant practical application, such as the configuration of the forums of the 3.1 or the proper concept of habitual residence of the spouse, which not only has an impact on this Regulation 2201/2001 but also on all those who deal with the different consequences of the divorce.

Keywords: divorce, 2201/2003 Regulation, habitual residence of defendant.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Problemas jurídicos. 1. Aproximación inicial. 2. *Excursus*. 3. Problema 1: sólo existe una única residencia habitual. 4. Problema 2: los criterios para la determinación de la residencia habitual del cónyuge. 5. Problema 3: la pérdida de la residencia habitual común del art. 3.1 a) guión primero del Reglamento Bruselas II bis. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es el análisis de la STJUE de 25 de noviembre de 2021¹. Esta resolución del Tribunal de Justicia es la primera que se dicta en relación al concepto de residencia habitual de un adulto en atención al art. 3.1 letra a) del *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000*² (en adelante, *Reglamento Bruselas II bis*)³. Sin embargo, situación diferente ha tenido lugar en relación al desarrollo concepto de residencia habitual de los menores en virtud del *Reglamento Bruselas II bis*⁴. Destacar que este Reglamento europeo en pocos meses será desplazado 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* (en adelante, *Reglamento Bruselas II ter*)⁵. La realidad es que en materia de crisis matrimoniales no se ha incorporado prácticamente ningún cambio en los foros de competencia judicial internacional, salvo en lo relativo al art. 6 respecto de la competencia residual⁶. Esto es así porque

¹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995. Sobre esta sentencia en este mismo número puede encontrarse un exhaustivo estudio *vid* al respecto L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, sólo hay una residencia habitual”, *CDT*, Vol. 14, n°1, 2022, pp. 421-442

² DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

³ Sobre este Reglamento en relación a los foros relativos a crisis matrimoniales *vid. ad ex.* en la doctrina española A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO, /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo. II, Tirant lo Blanch, Granada, 2020, pp. 262-295; E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional. Reglamentos 2201-Reglamento 2019/1111- y Reglamento 4/2009*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 37-42; M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.L. Calvo Carapp. 217-pp. 247; M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de divorcio, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”, en M. GUZMÁN ZAPATER/ M. HERRANZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 243-261; 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. La Unión Europea*, n° 21, 2014. En la doctrina extranjera sin carácter exhaustivo, *vid.* C. CAMPLIGIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *CDT*, vol. 2, n° 2, 2010, pp. 242-249; F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale”, *Rivista di diritto internazional-nale privato e processuale*, 2007, pp. 63y ss..

⁴ Seis han sido las sentencias dictadas sobre el concepto de residencia habitual del menor por el TJUE, *vid.* todas ellas STJUE 2 abril 2009, C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225; STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829; STJUE 9 octubre 2014, asunto C-376/14, *M*, ECLI:EU:C:2014:2268; STJUE 8 junio 2017, C-512/17, *OL*, ECLI:EU:C:2017:436; STJUE 28 junio 2018, C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513; STJUE 17 octubre 2018, C-393/18, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835. En estas sentencias donde el TJUE ha interpretado el concepto de residencia habitual del menor en atención al Reglamento Bruselas II bis hay un elemento vertebrador del concepto que no existe en el caso de los cónyuges y es el interés superior del menor.

⁵ DOUE L 178/1, de 2 de julio de 2019.

⁶ El art. 6 del Reglamento Bruselas II ter implicaría que cualquier cónyuge con independencia de su residencia o no en un Estado miembro o de si su *nacionalidad* es o no la de un Estado miembro puede ser demandado de acuerdo a las normas de competencia del Reglamento Bruselas II ter ante un tribunal. El Reglamento Bruselas II bis no detalla de forma expresa si su aplicación *erga omnes* pero así podría entenderse de forma implícita conforme a la interpretación que de los arts. 6 y 7 del Reglamento ha realizado el TJUE (STJUE de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, *López*, ECLI:EU:C:2007:740, apartados 18-28. *Per alia vid.* A. BORRÁS “Exclusive” and “Residual” Grounds of Jurisdiction on Divorce in The Brussels II bis Regulation (zu EuGH, 29.11.2007 –Rs.C-68/07 –Sundelind Lopez/Lopez Lizazo, unten S. 257, Nr.12)”, *IPrax*, n° 3, 2008). Sin embargo, este aspecto ha cambiado con el Reglamento Bruselas II ter, el legislador europeo ha realizado cambios al respecto en atención a la jurisprudencia del TJUE. Así, se han aunado los antiguos arts. 6 y 7 en un único artículo, el art. 6 del Reglamento Bruselas II ter y podríamos destacar dos aspectos: 1) El Reglamento Bruselas II ter se aplica *erga omnes*. Es indiferente la nacionalidad o

el legislador europeo ha modificado el Reglamento Bruselas II *bis*⁷ únicamente en relación a aspectos relacionados con la protección del menor especialmente en materia de secuestro internacional de menores⁸.

2. En relación al objeto del presente trabajo, esta sentencia como se ha señalado es importante debido a que permite avanzar en la concreción de la residencia habitual de los cónyuges en el caso de crisis matrimoniales. Esta resolución ha permitido una interpretación del art. 3.1.a) que no existía hasta la fecha. Un análisis jurisprudencial que hace plantearse si a raíz de este asunto se gana en certeza legal y seguridad jurídica en los divorcios internacionales cuando uno de los cónyuges presenta conexión en dos países europeos o en realidad es una resolución que muestra la dificultad que entraña el Derecho internacional privado europeo de familia y que hace plantearse que quizás el legislador europeo debería haber abordado el concepto de residencia habitual en la modificación del Reglamento Bruselas II *bis*. La realidad es que esta sentencia no es la única reflexión que suscita, ya que pone de manifiesto la realidad de muchas personas europeas en la actualidad. Personas que viven entre dos países europeos y que guardan una estrecha relación con ambos pero ¿dónde se pueden divorciar?. Responder a esta cuestión no es sencilla en este caso debido a que la misma evidencia las deficiencias a la hora de configurar los foros del art. 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis* reflejando uno de los problemas más habituales que existen en la litigación transfronteriza: la carrera hacia el tribunal.

II. Hechos del caso

3. Los hechos del asunto son en este caso un aspecto especialmente importantes. Esto es así porque la residencia habitual es un concepto basados en hechos, en circunstancias personales que son las que verdaderamente guían al operador jurídico en la determinación del tribunal competente. En este asunto, los hechos podrían quedar resumidos en lo siguiente:

i) Un matrimonio entre irlandesa (FA) y francés (IB) contraído en Irlanda en 1994 hace aguas. Fruto del matrimonio nacieron tres hijos, los cuales al momento del inicio del proceso son mayores de edad y estudian y residen en Irlanda⁹. El matrimonio y los hijos habían establecido su domicilio familiar en Irlanda desde 1999. Sin embargo, el marido, IB, llevaba trabajando en Francia desde el año 2010 de forma no

la residencia habitual del demandado; 2) Los foros de competencia judicial internacional de producción interna en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial sólo pueden aplicarse cuando el demandado no sea un nacional de un Estado miembro o no tenga residencia habitual en un Estado miembro. Esto evita que a nacionales o residentes en la UE se les puedan aplicar foros de producción interna exorbitantes. A estos demandados vinculados con la UE a través de su nacionalidad o con su residencia sólo se les puede demandar ante tribunales europeos en atención a los foros del art. 3 del Reglamento Bruselas II *ter* (art. 6.2 Reglamento Bruselas II *ter*). El art. 6 Reglamento Bruselas II *ter* también puede presentar alguna desventaja para cónyuges nacionales europeos que tienen su residencia en terceros Estados. Esto puede suceder si estos cónyuges se encuentran con la situación de que no se pueden divorciar ante tribunales europeos pero tampoco ante terceros Estados. La inclusión de un foro de necesidad en el Reglamento Bruselas II *ter* podría haber puesto remedio a este problema, tal y como han reclamado algunos autores (M^a. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Divorcio entre cónyuges como paradigma de la ineludible incorporación del forum necessitatis al Reglamento Bruselas II *bis*”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 63, 2019, pp. 407-448.), sin embargo, no se ha hecho. Para un mayor detalle sobre este particular *vid.*, M^a. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Alcance de la operatividad de los foros de competencia en las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el art. 6 del Reglamento (UE) 2019/111”, *Bitácora Millenium Derecho Internacional privado*, n^o 12, 2020, pp. 17-34.

⁷ En la doctrina sobre los nuevos aspectos que incluye el Reglamento Bruselas II *ter* frente al Reglamento Bruselas II *vid ad ex.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *CDT*, vol. 12, n^o 2, pp. 1243-1289; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II *bis*: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 69/1, 2017, pp. 139-165.

⁸ El legislador europeo se ha centrado en los aspectos que han destacado informes como éste [informe del Parlamento Europeo destacando diferentes aspectos a mejorar en el Reglamento Bruselas II *bis* en relación a la sustracción internacional de menores, *vid.* Cross-border parental child abduction in the European Union, 2015, disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU%282015%29510012_EN.pdf (consultado el 11 de diciembre de 2021)] donde se ponía de manifiesto las deficiencias que presentaba el Reglamento Bruselas II *bis* para proteger adecuadamente a los menores en los supuestos de sustracción internacional de menores.

⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 8 de julio de 2021, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, apartado 10.

continua y desde el año 2017 de forma estable y permanente. Así, desde el año 2017, la organización vital de IB consistía en estar trabajando en Francia de lunes a viernes quedándose en un apartamento familiar propiedad de su padre y durante los fines de semana y vacaciones regresaba a Irlanda con su mujer y sus hijos, ya que, según la esposa, nunca se contempló la posibilidad de que la familia se instalara en París¹⁰.

ii) En diciembre de 2018, IB interpone una demanda de divorcio ante tribunales franceses en virtud del art. 3.1 letra a) guión sexto del Reglamento Bruselas II *bis*. En base a este precepto, ostentaría competencia judicial internacional para pronunciarse sobre este divorcio el tribunal del Estado miembro en el que el demandante tiene su residencia habitual siempre que haya residido ahí al menos los 6 meses anteriores al momento de la interposición de la demanda y además sea nacional de ese Estado miembro.

iii) El Tribunal de Grande Instancia de París dicta un auto el 11 de julio de 2019 declarándose incompetente debido a que considera que IB tenía su domicilio conyugal en Irlanda, debido a que ese era el Estado donde compartía la vida con su familia, era el lugar donde también residían sus hijos y donde se presentaban diferentes circunstancias que hacían que IB presentara una importante conexión personal y familiar con dicho país¹¹. El tribunal de primera instancia entendió que el hecho de que se desplazara todas las semanas para trabajar a Francia y que tuviera también conexión con dicho país no le impedía residir habitualmente en Irlanda y contar de hecho con dos residencias: una profesional (en Francia) y una familiar (en Irlanda)¹².

iv) IB no se resigna y recurre ante la Corte de Apelación de París solicitando que se anulara la sentencia de primera instancia y que los tribunales franceses se declararan competentes debido a que su centro de intereses se encontraba en Francia¹³. Sin embargo, FA solicita justo lo contrario, ella no quiere que los tribunales franceses se declaren competentes en el divorcio y solicita que la Corte de Apelación confirme el auto recurrido¹⁴.

v) La tribunal de apelación francés parte del mismo hecho que el tribunal de primera instancia: IB reside en Irlanda¹⁵. El tribunal francés que remite la cuestión prejudicial no tiene dudas de que el domicilio familiar de IB se encuentra en Irlanda y que IB no modificó su residencia antes de interponer la demanda de divorcio en Francia, por lo que IB sigue residiendo en Irlanda al momento de iniciar el litigio debido a los numerosos vínculos personales y familiares con dicho país¹⁶.

vi) Sin embargo, la *Cour d'Appel* también pone en valor al igual que el tribunal de instancia el hecho de que a pesar de existir esa conexión familiar y personal con Irlanda, IB también presenta vínculos estrechos con Francia. París es la ciudad donde trabaja pero también donde socializa, tiene amigos y donde pasa cinco de siete días de la semana¹⁷. Para el tribunal de apelación la conexión de IB con Francia no es anecdótica ni casual por lo que se plantea, que al igual que podrían ser los tribunales irlandeses competentes para conocer del divorcio en virtud del criterio de la residencia habitual que también lo pueden ser los tribunales franceses en base a la misma conexión¹⁸. El tribunal francés apoya su razonamiento en el famoso asunto *Hadadi*¹⁹. En dicho asunto, un mismo criterio permitió atribuir competencia judicial internacional en atención al art. 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis* a dos tribunales de dos Estados diferentes²⁰. Sin embargo, el propio tribunal es consciente de que el criterio presente en

¹⁰ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 17.

¹¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 8 de julio de 2021, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, apartado 10.

¹² *Ibidem*, apartado 10.

¹³ *Idem*, apartado 11.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 8 de julio de 2021, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, apartado 12.

¹⁵ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 18.

¹⁶ *Ibidem*, 18.

¹⁷ *Idem*, apartado 19.

¹⁸ *Idem*, apartado 20.

¹⁹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 21.

²⁰ STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474, apartado 58. Para un comentario sobre esta *vid ad. ex.* en la doctrina española, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009), *La Ley*, 30 dic.2009, pp. 1-9.; P. MAESTRE CASAS, "Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (Notas a la STJUE de 16 de julio 2009, *Hadadi*, As. C-168/08)", *CDT*, Vol. 2, n°

dicho asunto era el de la nacionalidad y no el de la residencia habitual como sucede en el caso objeto de análisis.

vii) Así los hechos, la Corte francesa de Apelación pregunta al TJUE una única cuestión y es si un cónyuge que comparte su vida entre dos Estados miembros podría ostentar dos residencias habituales en atención al art. 3.1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* que otorgaran competencia a dos Estados miembros diferentes para pronunciarse sobre un divorcio²¹.

III. Problemas jurídicos

1. Aproximación inicial

4. Los foros que se recogen en el art. 3 del Reglamento Bruselas II *bis* son foros objetivos, alternativos y exclusivos²². La ausencia de jerarquía persigue dar libertad a los cónyuges para que presenten la demanda de separación judicial, divorcio o nulidad ante los tribunales de uno u otro Estado en atención a sus circunstancias facilitando así el acceso a la justicia. Esta concepción de los foros como alternativos no ha estado exenta de críticas debido a que también fomenta el *forum shopping* y la carrera hacia el tribunal²³. Consecuencias nada positivas para aquellos cónyuges que son parte de un divorcio transfronterizo debido a que añade costes económicos y dilata el litigio. De ahí que sea importante tener presente a la hora de litigar las reglas de litispendencia del art. 19 del citado Reglamento²⁴.

Por otro lado, en relación a la exclusividad, ésta tiene una importante implicación porque un cónyuge nacional o residente en un Estado miembro sólo puede ser demandado ante tribunales de los Estados miembros en virtud de los foros del Reglamento Bruselas I *bis*²⁵. Esto permite que todas las personas vinculadas con la UE van a ser demandadas en base a las mismas reglas de competencia judicial internacional.

5. En la sentencia objeto de comentario, un cónyuge presenta vínculos estrechos y estables con dos Estados. Irlanda, país donde reside su mujer e hijos y donde él mismo ha estado durante 25 años. Francia, lugar donde trabaja y donde pasa cinco de las siete días de la semana al momento de interponer la demanda, país también de su nacionalidad. La Corte de Apelación francesa considera que este cónyuge tiene su residencia habitual en Irlanda pero que también podría tenerla en Francia, por eso pregunta si en virtud del art. 3.1 a) del Reglamento Bruselas II *bis* si se podrían tener dos residencias habituales. Las cuestiones a resolver que nos suscita esta sentencias serían tres:

1º) El número de residencias que puede tener un cónyuge en virtud del art. 3.1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*.

2º) Los elementos a tener en cuenta para la determinación de la residencia habitual de los cónyuges en el caso del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II *bis*.

3º) Los aspectos que se deberían tener presente para considerar que un cónyuge ha dejado de tener residencia habitual común en virtud del art. 3.1.a) guión primero y qué impacto tiene en la aplicación del art. 3.1.a) guiones quinto/ sexto.

2, 2010, p. 290-304. En la doctrina extranjera, *vid.* sin carácter exhaustivo V. EGEA, “Compétence européenne: divorce d’époux ayant une double nationalité”, *Recueil Le Dalloz*, 2009, pp.2106-2107; W.HAU, “Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010 pp.50-53; P.LAGARDE, “L’application du règlement Bruxelles II bis en cas de double nationalité”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010 pp.770-774.

²¹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 23.

²² *Ibidem*, apartado 32.

²³ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”..., pp. 1621-1622.

²⁴ Sobre los aspectos problemáticos de esta norma *vid.* M.GUZMÁN PECES, “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *La Ley Unión Europea*, n° 67, 2019.

²⁵ STJUE 29 de noviembre 2007, C-68/07, *López*, ECLI:EU:C:2007:740, apartado 28.

2. *Excursus*

6. Antes de pasar a analizar los problemas jurídicos que plantea el asunto simplemente hacer mención a la negativa del TJUE a tramitar este procedimiento como acelerado en atención al art. 105 del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia*²⁶. La Corte de Apelación de París consideró que este asunto debido a la importancia que presenta en la vida de los cónyuges requería de una tramitación más rápida para que se pudiera conocer cuanto antes la respuesta del TJUE. Este procedimiento acelerado ante el TJUE es posible cuando la naturaleza del asunto exige que haya que resolverlo en un plazo breve²⁷. El Reglamento de procedimiento ni tampoco en las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* existe una lista de asuntos que merecen tal consideración, por lo que es el tribunal de justicia oído el Abogado General el que decide si verdaderamente un asunto es merecedor de tramitarse por la vía acelerada.

Aunque no existe una lista *numerus clausus* en las recomendaciones se señala que esos casos merecedores de esa tramitación acelerada serían aquellos en los que se deriva “*un riesgo inminente y grave para la salud pública o para el medio ambiente, que una decisión rápida del Tribunal de Justicia pueda contribuir a evitar, o cuando circunstancias especiales exijan despejar a la mayor brevedad posible una incertidumbre relacionada con cuestiones fundamentales del Derecho constitucional nacional y del Derecho de la Unión*”²⁸. Así, las mismas recomendaciones dan ejemplos de qué tipo de casos merecen esa urgencia, así serían aquellos en los que la resolución de la cuestión prejudicial es clave para decidir la detención o puesta en libertad de una persona o en aquellos litigios relativos a la patria potestad o a la custodia de hijos menores, cuando la resolución de la cuestión prejudicial es fundamental para resolver el litigio principal y esperar a la vía ordinaria puede tener graves consecuencias en el desarrollo del menor o en la relación entre el menor y uno de sus padres o en la integración de éste en el entorno familiar y social²⁹.

7. El juez nacional que remite la cuestión prejudicial es el que debe justificar la existencia de tal urgencia, debe argumentar con certeza y precisión los hechos pero también el Derecho en los que se basa esa petición. En el asunto objeto análisis el TJUE desestima la petición debido a que considera que aunque los cónyuges no puedan conocer qué tribunales son competentes para su divorcio hasta que no se decida la cuestión prejudicial y esto sea importante para la organización de su vida considera que el tribunal remitente no ha justificado la urgencia³⁰.

8. Desde nuestro punto de vista, entendemos la posición del TJUE, este es un asunto de divorcio que no afecta a menores, no hay patria potestad sobre los mismos que decidir, y aunque es tediosa la espera y genera una importante incertidumbre a nivel personal y patrimonial hay otros asuntos que podrían merecer más urgencia. Pero aún así, aunque entendemos la posición, no la compartimos. Éste es un asunto de Derecho de familia, afecta a la esfera más personal, íntima y delicada de una persona y a nuestro entender sería importante tener en cuenta una mayor sensibilidad y una mayor agilidad. Si la justicia no es relativamente rápida no ayuda al ciudadano, es más, le perjudica y mucho. No se le puede decir a un ciudadano europeo que deje su vida en *stand by* 17 meses (en junio de 2020 llega la cuestión prejudicial al TJUE y noviembre de 2021 es cuando se dicta la sentencia) mientras el TJUE decide sobre la cuestión prejudicial que resuelve su asunto. La consecuencia en este caso es que el litigio para determinar qué tribunal podría ser competente en un divorcio dure más de tres años (no hay que olvidar que el demandante interpone la demanda en Francia en diciembre de 2018). Esta lentitud provoca una realidad que sucede en los tribunales nacionales en la actualidad, y es que, muchas dudas que se les plantea

²⁶ DOUE L 265/1, de 29 de septiembre de 2012, última versión modificada del Reglamento publicada en el DOUE L 316, de 6 de diciembre de 2019, p. 103.

²⁷ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE C 380/01, de 8 de noviembre de 2019) apartado 34.

²⁸ *Ibidem*, apartado 36.

²⁹ *Idem*.

³⁰ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 26.

aplicando los Reglamentos de Derecho internacional privado a los jueces no se remitan como cuestiones prejudiciales para evitar más dilaciones de las que ya existen en el procedimiento nacional.

3. Problema 1: sólo existe un única residencia habitual

9. La solución que aporta el TJUE a la única pregunta que le realiza el tribunal francés es que en base al art. 3 del Reglamento Bruselas II *bis* sólo es posible que los cónyuges ostenten una única residencia habitual³¹.

10. Las razones en las que se basa el alto tribunal europeo son cinco:

1º) El concepto de residencia habitual se encuentra en el texto del art. 3.1. letra a) en singular³². Esta interpretación literal de la norma permitiría considerar que el legislador en ningún momento entendió que un cónyuge (ni tampoco los menores) pudiera ostentar más de una residencia habitual en atención al Reglamento Bruselas II *bis*.

2º) La residencia que se intenta precisar en atención al art. 3.1 letra a) no es la mera estancia, es la “residencia habitual” de una persona. Para el TJUE, de ese término “habitual” se deriva cierta estabilidad o regularidad³³. Es decir, la residencia habitual sería ese lugar donde la persona tiene su centro permanente de intereses. De este modo, ese lugar no puede encontrarse en varios Estados miembros al mismo tiempo en virtud del art. 3.1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*³⁴. El razonamiento del TJUE no sólo descansa en pronunciamientos anteriores³⁵ relativos a materia matrimonial sino también tiene presente el origen del Reglamento Bruselas II *bis* -El Convenio de Bruselas de 1998-, haciendo referencia al conocido como Informe BORRÁS. En el mismo se precisa que en el concepto de residencia habitual que se tenía en mente al gestar dicho Convenio se tuvo también presente jurisprudencia del TJUE en relación a otros ámbitos como el Convenio de Bruselas de 1968³⁶.

3º) El objetivo del art. 3.1. letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* en relación a los foros de competencia se debe poner en valor. Es decir, esta norma persigue un equilibrio entre dos principios: la seguridad jurídica y el acceso a los tribunales para disolver el matrimonio. El equilibrio que debería existir entre uno y otro principio se quebraría si se permitiera la residencia habitual de un cónyuge en dos Estados miembros. Una múltiple residencia dañaría la seguridad jurídica debido a que el criterio para determinar la competencia judicial internacional sería la mera residencia, no la residencia habitual³⁷.

4º) La admisión de múltiples residencias tendría impacto en otros Reglamentos europeos de familia que determinan la competencia judicial internacional en materias relativas a determinadas consecuencias de la disolución del matrimonio³⁸. Una interpretación que permitiera varias residencias habituales en virtud del art. 3.1.a) afectaría a la certeza legal y restaría previsibilidad a la hora de saber qué tribunales son competentes para dictar una pensión de alimentos o en aspectos como la determinación del régimen económico matrimonial³⁹. Pero no sólo la competencia judicial internacional se vería afectada

³¹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 37.

³² *Ibidem*, apartado 40.

³³ *Idem*, apartado 42.

³⁴ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 43.

³⁵ El TJUE se pronunció sobre el centro permanente de intereses en relación a los menores en STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apartado 51. Para análisis sobre esta sentencia *vid.*, sin carácter exhaustivo, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Nota a la STJU STJ de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU. *Mercredi*, *REDI*, vol LXII, 2010, 2, pp. 251-254; P.MANKOWSKI, “Der gewöhnliche Aufenthalt eines verbrachten Kindes unter der Brüssel IIa-VO - Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.12.2010 - Rs. C-497/10 PPU”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2011, pp.209-213; V.EGEA/E.GUINCHARD, “Espace judiciaire européen en matière civile”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n°4, 2017, pp.849-852.

³⁶ Informe explicativo preparado por la profesora ALEGRÍA BORRÁS del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DO C 221/04 de 1998), apartado 32.

³⁷ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartados 45 y 46.

³⁸ *Ibidem*, apartado 48.

³⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 8 de julio de 2021, *IB contra FA*,

tada también la determinación del Derecho aplicable⁴⁰. Esta idea responde a la necesidad de coherencia entre los Reglamentos europeos en materia de familia porque de otra forma resulta realmente perjudicial para el particular, ya que la certeza legal desaparece.

5º) Éste no es el asunto *Hadadi*. Un último argumento que expone el TJUE para justificar el porqué de admitir únicamente una única residencia habitual en atención al art. 3.1 letra a) es diferenciar este asunto del caso *Hadadi*. El tribunal francés que remite la cuestión prejudicial argumenta que en el citado asunto *Hadadi* un mismo criterio (la nacionalidad) permite hacer competente a dos tribunales de dos Estados miembros diferentes. Sin embargo, el TJUE⁴¹ siguiendo lo dispuesto por el Abogado General⁴² afirma que nacionalidad y residencia habitual son dos conceptos diferentes. La nacionalidad es un concepto estrictamente jurídico, es una cuestión administrativa, o se cumplen los requisitos legales que marca el Estado para adquirirla o no se podría ser nacional de un Estado. Además, en el asunto *Hadadi* se consideró que el criterio de nacionalidad al que se refería el art. 3.1.b era el de “nacionalidad” y no “nacionalidad efectiva”, por considerar que éste último era un criterio interpretable y no unívoco entre los Estados miembros. En contraposición, el concepto de residencia habitual europeo que se discute en virtud del art. 3.1. letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* en el presente caso es diferente al de nacionalidad y al asunto *Hadadi*. La residencia habitual es un concepto fáctico, basado en hechos y circunstancias del caso concreto cuya determinación necesita de interpretación por parte del juez nacional.

De este modo, a la luz del caso, el TJUE señala que lo que debe realizar el juez nacional francés sabiendo que en virtud del art. 3.1. a) sólo es posible ostentar una residencia habitual es precisar si el cónyuge demandante tiene su residencia habitual en Francia en virtud del art. 3.1. letra a) guión sexto del Reglamento Bruselas II *bis*. Sin embargo, precisar lo anterior no es tan sencillo en un asunto como este, donde la conexión del cónyuge es tan estrecha con ambos países. Por eso, será necesario resolver las dos cuestiones siguientes que analizamos.

4. Problema 2: los criterios para la determinación de la residencia habitual del cónyuge

11. El tribunal francés que remite la cuestión prejudicial no pregunta sobre los criterios para determinar la residencia habitual, aún así el TJUE aporta una solución al respecto. Como es conocido, el concepto de residencia habitual de las personas físicas no está definido en el Reglamento Bruselas II *bis*, pero no sólo en esta norma, en ningún Reglamento europeo en materia de Derecho internacional privado. El TJUE precisa que la interpretación del concepto de residencia habitual debe ser autónoma y uniforme sin tener que recurrir a lo que disponen los Derechos nacionales sobre este particular y teniendo presente el contexto y objetivo de la norma donde se enmarca el art. 3.1 a)⁴³. Así, siguiendo estas premisas, el TJUE no aporta una definición de residencia habitual del cónyuge propiamente dicha, sino unos criterios que permitan determinarla. Éstos serían⁴⁴:

1) *Elemento subjetivo*. El cónyuge tiene *voluntad* de querer fijar su centro habitual de intereses en un lugar concreto.

2) *Elemento objetivo*. El cónyuge tiene presencia física en el lugar elegido y la misma es estable y permanente.

ECLI:EU:C:2021:561, apartado 86.

⁴⁰ El concepto de residencia habitual que se realice en relación a Bruselas II *bis* afecta al resto de Reglamentos europeos en materia de familia y uno de ellos es el Reglamento Roma III, sobre la necesidad de coherencia entre el Reglamento Bruselas II *bis* y el Reglamento Roma III *vid.* J. GOMES DE ALMEIDA, “O favor divortii e os seus limites no regulamento Roma III: comentario ao acordao do tribunal de justica da uniao europeia de 16 de julho de 20202, JE contra KF, C- 249-19, EU:C:2020:750”, CDT, vol. 13, nº 1, 2021, pp. 884-885.

⁴¹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartados 52.

⁴² Conclusiones del Abogado General Sr. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 8 de julio de 2021, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, apartado 92.

⁴³ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 39.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 57.

12. Esta precisión del TJUE va en la línea de sentencias anteriores dictadas en relación a la residencia habitual de los menores⁴⁵. Así, podemos decir que confirma lo que ya había señalado la doctrina⁴⁶, y es que el concepto de residencia habitual de las personas físicas en el Derecho de familia europeo es un concepto fáctico y no jurídico⁴⁷. Un concepto autónomo, propio del Derecho internacional privado europeo, donde el operador jurídico guarda un protagonismo importante debido a que debe interpretar en base a las circunstancias del caso concreto, cuál es ese país donde la persona tiene esa vinculación estrecha que permita precisar que ese es el lugar de su centro permanente de intereses y que está integrado ahí, resultando indiferente elementos para su determinación como el tiempo que lleva establecido⁴⁸ o la opinión o posición de los cónyuges al respecto⁴⁹.

13. El hecho de que el legislador europeo no haya definido ni tampoco concretado este concepto puede considerarse como un aspecto negativo debido a que en determinados casos como el que analizamos dificulta la labor del operador jurídico tanta inconcreción. Este escenario podría resultar incluso lesivo para los intereses de los ciudadanos debido a la falta de seguridad jurídica y el retraso que implica en la disolución del matrimonio.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esa posición del legislador de no definir el concepto en Bruselas II *bis* ni tampoco en el futuro Reglamento Bruselas II *ter* consideramos que va en sintonía con la sociedad europea actual. Sociedad compuesta por ciudadanos que cambian de ciudad, de país, de trabajo o de pareja con frecuencia, y que por lo tanto, pueden decidir de forma voluntaria dejar sus vínculos sociales y familiares anteriores atrás y mirar hacia delante forjando otra nueva vida en otro lugar.

A nuestro juicio, esa falta de definición no es un aspecto negativo. Consideramos, de hecho, que ayuda al operador jurídico, porque le da mayor libertad operativa que si se tuviera que ceñir a un definición⁵⁰. Como ya se ha podido venir observando en los asuntos sobre la determinación de residencia habitual de los menores, se ha optado por un concepto flexible que se irá maleando con sentencias como las que analizamos. Resoluciones que son un aporte extra a la hora de interpretar el concepto y que ayudan ya que a partir de la que analizamos, por ejemplo, sabemos que un cónyuge no puede tener dos residencias habituales en atención al art. 3.1. letra a). Esto tiene implicaciones a la hora de analizar los foros del art. 3.1 debido a que un cónyuge sólo puede ostentar una residencia habitual en el sentido del Reglamento Bruselas II *bis*. Por lo tanto no hay posibilidad de que un cónyuge a pesar de su estrecha conexión con dos países ostente residencia habitual en virtud del foro del art. 3.1.a) guión primero y también en atención al foro 3.1.a) guión sexto. Aún así, cabe preguntarse qué aspectos se deben tener presente para considerar que ya no existe residencia habitual común en atención al guión primero del art. 3.1.a).

⁴⁵ La más reciente, STJUE 17 octubre 2018, C-393/18, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835, apartado 69, donde la presencia física en un Estado miembro se considera clave para considerar que el menor reside en dicho Estado en atención al art. 8.1 del Reglamento Bruselas II *bis*. Para mayor detalle sobre la residencia habitual de los menores *vid.ad ex.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, vol. 13, nº 2, pp. 819-828, en particular p. 824; L.A. PÉREZ MARTÍN, “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. 1119-1127, en concreto p. 1123.

⁴⁶ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”...p.

⁴⁷ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartado 58.

⁴⁸ Éste fue un aspecto discutido cuando se estuvo elaborando el Convenio de Bruselas de 1998, así lo manifiesta la prof. BORRÁS en el informe explicativo, apartado 32, donde se señala que se descartaron propuestas en las que se establecía que una persona residía habitualmente en un Estado miembro cuando había estado ahí residiendo durante un año dentro de un período de cinco años antes de la interposición de la demanda.

⁴⁹ Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs PG*, ECLI:EU:C:2019:816, apartado 30. Para un comentario sobre este auto *vid.* A. FONT I SEGURA, “Cuando el divorcio es cosa de dos: Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, OF y PG”, *La Ley la Unión Europea*, nº 77, 2020.

⁵⁰ No obstante, también hay autores que consideran que aunque el legislador no codifique el concepto de residencia habitual sí debería ofrecer una lista de criterios a tener presente para determinar la residencia habitual del mismo modo que se hace en otros instrumentos europeos como el Reglamento Europeo de Sucesiones, sobre este particular *vid. Vid.* sobre este particular B. HESS, “Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?”, *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, p. 540.

5. Problema 3: la pérdida de la residencia habitual común del art. 3.1 a) guión primero del Reglamento Bruselas II bis

14. Como se ha expuesto, el TJUE ha optado por una interpretación que no permite entender que un mismo cónyuge puede ostentar dos residencias habituales en virtud del art. 3.1. letra a) del Reglamento Bruselas II bis. Esta posición aunque ayuda a interpretar el concepto de residencia habitual del cónyuge no es determinante. El TJUE muy consciente de ello va un paso más allá en la resolución de la cuestión prejudicial, y a diferencia de lo que acostumbra, ofrece su punto de vista sobre el asunto en cuestión. Así, para el alto tribunal europeo, IB tiene su residencia habitual en Francia en atención al art. 3.1. letra a) guión sexto⁵¹. Y éste es un aspecto importante porque de esta posición del TJUE se podría apreciar una respuesta⁵² a la cuestión que nos planteamos de en qué casos un cónyuge pierde la residencia habitual común en virtud del guión primero del art. 3.1. letra a) y se puede litigar por tanto en base al *forum actoris* de los guiones quinto y sexto del Reglamento Bruselas II bis.

15. Los criterios a tener en cuenta para aplicar el art. 3.1.a) guión quinto/sesto serían:

- i) El cónyuge demandante⁵³ ha abandonado la residencia habitual común.
- ii) Ha manifestado su voluntad de tener su centro social de intereses en otro Estado miembro.
- iii) Ha demostrado que su presencia física en ese Estado es estable.

El conjunto de estos aspectos permitiría considerar que el cónyuge demandante reside en un lugar diferente al de su residencia habitual común si sus vínculos estrechos y permanentes se encuentran en ese Estado seis meses/un año antes al momento de interponer la demanda y además es nacional del mismo. Sin embargo, estos criterios expuestos por el TJUE no son especialmente determinantes en un caso como el que analizamos, donde un aspecto clave es saber cuándo IB ha abandonado o perdido esa residencia habitual común, porque la conexión fuerte que tiene con Francia no se pone en duda. Si ya no existe residencia habitual común porque el centro de intereses del cónyuge se encuentra en otro Estado, el guión sexto del art. 3.1.a) es de plena aplicación. De este modo, para llegar a una respuesta, se debería hacer un análisis del *forum actoris* desde otro ángulo.

16. *Primero: Objetivo de los foros.* Los foros de los guiones quinto y sexto persiguen facilitar el acceso al divorcio en un Estado diferente a la residencia habitual común que se haya tenido durante el matrimonio. Su principio vertebrador es el *principio de proximidad*. Principio que no deja de ser un reflejo del principio de tutela judicial efectiva. La razón de ser del legislador con estos foros es que pueda resultar competente un tribunal cercano al litigio⁵⁴. En definitiva, un tribunal de un Estado que al momento de la demanda se corresponde con el lugar del centro de intereses del cónyuge demandante y que además en el caso del foro guión sexto coincide también con los tribunales del Estado de su nacionalidad.

Segundo: No es necesario la ausencia de conexiones con el país donde se tuvo la residencia habitual común. La existencia de conexión con el país donde se ha tenido residencia habitual común no es un criterio que deba impedir la aplicación de los *forum actoris*. Si el objetivo con estos foros es el acceso a la justicia, no se puede requerir que el cónyuge demandante para poder utilizarlo carezca de conexión alguna con el lugar de su residencia habitual común. Esa conexión puede seguir existiendo, y en algunos casos, los vínculos van a seguir siendo estrechos (como sucede en el asunto que estudiamos) y pueden perdurar en el tiempo, especialmente cuando los hijos del matrimonio siguen residiendo en el Estado

⁵¹ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartados 59 y 60.

⁵² *Ibidem*, apartados 55,56 y 58.

⁵³ El demandante siempre tiene que ser un cónyuge y no un tercero para que se puedan activar los foros del guión quinto y sexto del art. 3.1 letra a) del Reglamento Bruselas II bis. Esto lo afirmó el TJUE en su resolución de 13 de octubre de 2016, C-249/15, *Mikołajczyk*, ECLI:EU:C:2016:772, apartado 52. Para un análisis de esta sentencia *vid.* M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003”, *CDT*, 2017, Vol. 9, No 1, pp. 468-474, pp. 468-474.

⁵⁴ Informe explicativo preparado por la profesora ALEGRÍA BORRÁS del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DO C 221/04 de 1998), apartado 32.

de la residencia habitual de los cónyuges durante el matrimonio. Por ese motivo, cabe preguntarse si el hecho de que siga existiendo una importante conexión con el Estado de la residencia habitual común impediría aplicar el foro del art. 3.1.a) guión sexto. La respuesta es no. Este foro operaría en detrimento del art. 3.1. a) guión primero cuando el cónyuge demandante puede demostrar que ha abandonado la residencia habitual común que se ha tenido durante el matrimonio, que se establecido de forma estable y permanente en el Estado de su nacionalidad seis meses antes de interponer la demanda.

Tercero: El abandono de la residencia habitual común. No se puede aplicar el art. 3.1.a) guión quinto/sexta sin que el tribunal que lo analice descarte la residencia habitual común en atención al art. 3.1.a) guión primero. Para considerar que el demandante reside habitualmente en el Estado donde ha interpuesto la demanda los vínculos deben ser sólidos y no forzados de seis meses/un año inmediatamente anteriores a iniciar el litigio. El demandante cuando quiera litigar mediante los *forum actoris* debe preocuparse de dos cosas: 1) demostrar que su centro social de vida ya no se encuentra en el lugar de la residencia habitual común; 2) probar vínculos sólidos con el país donde ha interpuesto la demanda que permitan demostrar que ese es su centro social de vida.

Como es natural, todo tiene sus luces y sus sombras, los foros de los guiones quinto y sexto también las tienen⁵⁵. Y una de ellas que es que el cónyuge demandante y en particular el cónyuge con más poder económico fuerce este foro para divorciarse ante unos tribunales alejados del otro cónyuge, incrementando los costes del litigio para el mismo⁵⁶. Esto puede suceder y el riesgo existe. Por eso, los jueces deben estar atentos y asegurarse de que las circunstancias que prueban la residencia habitual en atención al guión quinto/sexta del art. 3.1.a) son sólidas.

Para ello como este concepto es flexible y fáctico, los jueces deberán atender al caso en particular. En este caso, sería importante atender a aspectos como *ad ex.* ¿ese es el país de su actividades profesionales, en qué circunstancias está establecido en ese país (¿con casa propia?, ¿se queda en casa de amigos?, ¿alquiler?), qué hace cuando no trabaja, etc. Esas circunstancias concretas a analizar no pueden ser desde nuestro punto de vista una lista tasada. Cada caso presenta peculiaridades y cuanto más flexible sea el concepto de residencia habitual, más favorece a los cónyuges a la hora de probarlo. Así, cabe preguntarse si el asunto objeto de análisis podría ser éste uno de esos casos en los que se fuerza la conexión. Desde nuestra visión, no lo sería, IB presenta vínculos estrechos con Francia. El problema de este caso es que se tienen vínculos tan estrechos con dos países que incluso se duda sobre si tendría su centro social de vida en dos países al mismo tiempo.

El propio TJUE considera que la estancia de IB es estable y permanente en Francia y no duda ni si quiera de ese elemento temporal de los 6 meses⁵⁷. Es más, los criterios que señala el TJUE IB los cumple, se ha desplazado de su residencia en Irlanda, su presencia física se encuentra en Francia cinco de siete días a la semana y es estable. Pero por las palabras del TJUE parece que le da especial valor al *tiempo* que pasa en Francia (cinco de 7 días). Pero no hay que olvidar que el tiempo no es el factor clave para determinar la residencia habitual de una persona física en atención a Bruselas II *bis* porque si lo fuera la duda que existe sobre dónde tiene IB la residencia habitual no existiría, sería en Francia sin el mayor atisbo de dudas.

Desde nuestra perspectiva, el tiempo no debe jugar en este caso un papel protagonista, muy al contrario, la clave estaría en determinar dónde se encuentra *ese núcleo central de relaciones* de IB. La localización de esas relaciones personales más fuertes en supuestos complejos como éste permitiría inclinar la balanza hacia el país de la residencia habitual común o hacia el país de la residencia habitual del demandante y despejar una de las dudas centrales del asunto y es si los cónyuges siguen compartiendo o no residencia habitual común. En definitiva, no es discutible que IB se encuentra en Francia físicamente durante la semana, la conexión con dicho país no es artificial ni ficticia pero sus vínculos más estrechos y núcleo principal de relaciones se encuentran en Irlanda al momento de iniciar el litigio ante tribunales

⁵⁵ La doctrina ya lo ha puesto de manifiesto A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, pp. 1631-1632.

⁵⁶ Tradicionalmente la perjudicada por este tipo de artimañas procesales ha sido la mujer debido a que era el cónyuge con menor poder económico cuando se producía la ruptura, para un estudio de cuestiones de Derecho internacional privado de familia analizadas desde una perspectiva de género *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género, *CDT*, Vol. 10, nº 1, pp. 439-465.

⁵⁷ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI:EU:C:2021:995, apartados 59.

franceses y seis meses anteriores a su interposición por lo que no se podría considerar que IB tenga su residencia habitual en Francia. Es decir, la residencia habitual conjunta sigue existiendo en este caso, por lo que el tribunal francés no debería declararse competente en virtud del art. 3.1.a) guión sexto.

IV. Reflexiones finales

17. Desde nuestro punto de vista, la solución que aporta el TJUE a la cuestión prejudicial es acertada. La seguridad jurídica sale ganando. Y si tenemos que contestar a la pregunta que nos formulamos en el título del trabajo, la respuesta es no. El hecho de que se pudieran ostentar varias residencias habituales generaría un importante desconcierto a la hora de determinar la competencia judicial internacional en los divorcios internacionales. No sólo los cónyuges, también los operadores jurídicos verían como su labor se complica considerablemente, ya que sería difícil determinar con precisión y certeza qué tribunal es competente para pronunciarse sobre la disolución de un matrimonio. Pero ya no sólo eso, como excelentemente señala el Abogado General SÁNCHEZ BORDONA, no son nada desdeñables las consecuencias que esta interpretación de residencia habitual múltiple en atención a Bruselas II *bis* tendría también en la aplicación de otros Reglamentos europeos que regulan consecuencias derivadas del divorcio como el Reglamento 4/2009, sobre alimentos o el Reglamento 2016/1103, sobre régimen económico matrimonial.

18. No obstante, ese escenario no es el que nos deja esta resolución del TJUE. La situación es distinta, ya que los cónyuges sólo pueden ostentar una residencia habitual en atención al art. 3.1 letra a) del Reglamento Bruselas II bis. Aún así, al tratarse el concepto de residencia habitual de un concepto basado en hechos, en circunstancias personales de los cónyuges, hay que interpretarlo. El tribunal es consciente de la dificultad que entraña esta interpretación y por eso considera que es necesario aportar unos criterios para la determinación de la residencia habitual. A nuestro juicio, son unos criterios previsibles los que aporta el TJUE en esta resolución, que reafirman la flexibilidad del concepto. Sin embargo, quizás hubiera sido interesante que el TJUE ya resolviendo sobre aspectos que no le han planteado hubiera resuelto de forma un poco más profunda sobre los criterios a tener en cuenta para considerar que los cónyuges ya no comparten residencia habitual común en asuntos como el que analizamos.

19. Por lo tanto, todavía quedan aspectos pendientes que es probable que se resuelvan en asuntos posteriores que se le planteen al TJUE. Por el momento, la dificultad a la hora de determinar la residencia habitual en asuntos como este sigue existiendo. La razón es que son casos complejos donde la conexión que presenta el cónyuge demandante es objetivamente similar en dos países. Cabría plantearse si esta incertidumbre que plantean este tipo de asuntos se restaría si el legislador en el Reglamento Bruselas II *ter* hubiera incorporado unas previsiones similares a los considerandos 23 y 24 del Reglamento Europeo de Sucesiones. Desde nuestro punto de vista, quizás no solucionaría mucho. Las dudas interpretativas en este tipo de casos es probable que siguieran existiendo debido a que cada asunto necesita ser analizado y puesto en valor en atención a sus circunstancias, las cuales difieren considerablemente de unos supuestos a otros. El concepto europeo que existe sobre residencia habitual de las personas físicas es claro, hay que localizar el centro social de vida de la persona. En casos como el de esta sentencia no es sencillo pero se puede llegar a él teniendo presente las circunstancias y cómo se ha venido interpretando el mismo por la doctrina y por la jurisprudencia. Tras esta sentencia, ya sabemos que la múltiple residencia no es posible y que el tribunal francés debe decidir si en ese país concreto IB tiene su residencia habitual.

20. De este modo, quizás como cambio en Bruselas II *ter* hubiera sido más interesante seguir ordenando los foros de forma alternativa, consideramos que es positivo y el objetivo que persigue (facilitar la movilidad de las personas y la flexibilidad para el acceso a la justicia) lo aplaudimos, pero incluyendo foros que permitan que los cónyuges practiquen la *autonomía de la voluntad*. Es decir, que puedan elegir libre y voluntariamente el tribunal que va a divorciarles. La importancia de la inclusión de este tipo de foros es máxima debido a que el tribunal que conoce del divorcio no es sólo el tribunal encargado de

disolver el vínculo, es el tribunal que también podría conocer de las múltiples consecuencias que se derivan del mismo, como las pensiones de alimentos, disolución del régimen económico matrimonial, etc.

Así, nos atrevemos a plantear que más que centrarse el legislador en la definición o concreción del concepto de residencia habitual hubiera sido interesante la inclusión de un foro que permitiera que los cónyuges eligieran el tribunal competente para su divorcio. De hecho, quizás casos como el que estudiamos, no serían objeto de análisis porque no existiría la controversia si los cónyuges se pusieran de acuerdo sobre la competencia. Este planteamiento que hacemos es mucho suponer pero lo que sí consideramos una realidad es que este asunto refleja la “carrera hacia el tribunal”. Consideramos que IB ha corrido a interponer la demanda ante tribunales franceses porque son cercanos a él, perjudicando esta carrera a la esposa, a la cual le resulta más gravoso tener que acudir a Francia a divorciarse. Lo cierto es que este tipo de divorcios aumenta los costes del litigio para ambas partes, no sólo para el cónyuge que reside en el otro Estado miembro. Esto es así porque sólo hay que fijarse en el asunto objeto de comentario, el cual lleva pendiente en los tribunales desde diciembre de 2018 y todavía no se ha resuelto.

LA DECLINATORIA DE COMPETENCIA EN LAS SUCESIONES
MORTIS CAUSA TRANSFRONTERIZAS Y SU IMPACTO
EN LA CERTEZA LEGAL. COMENTARIO A LA STJUE
DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021, RK C. CR, C-422/20

DECLINING OF JURISDICTION IN THE CROSS-BORDER
SUCCESSIONS AND ITS IMPACT ON THE LEGAL CERTAINTY.
COMMENTARY TO THE ECJ RESOLUTION
OF 9 OF SEPTEMBER OF 2021, RK V. CR, C-422/20

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular interina de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 01.12.2021 / Aceptado:23.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6701>

Resumen: El objeto del presente trabajo es el análisis de la resolución del TJUE de 9 de septiembre de 2021. En ella, el TJUE aclara tres aspectos relacionados con los artículos 6 letra a) y 7 letra a) que el Reglamento europeo de sucesiones no precisa. Esta sentencia afianza los mecanismos de transferencia de competencia que el Reglamento europeo prevé con el fin de que su principio rector se cumpla y que no es otro que el tribunal que conoce de la sucesión acabe resolviendo conforme a su propio derecho.

Palabras clave: sucesión *mortis causa* transfronteriza, *professio iuris*, foro de la nacionalidad del causante, declinatoria.

Abstract: The purpose of this paper is the analysis of the CJEU resolution of September 9, 2021. In it, the CJEU clarifies three aspects related to articles 6 letter a) and 7 letter a) that the European Succession Regulation does not specify. This ruling strengthens the mechanisms for the transfer of jurisdiction that the European Regulation provides in order for its guiding principle to be fulfilled and that is none other than the court that hears about the succession ends up deciding according to its own law.

Keywords: cross-border succession, *professio iuris*, forum of the nationality of the deceased, declining of jurisdiction.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Hechos del caso. III. Problemas jurídicos. 1. El marco operativo del art. 7 letra a) RES y el impacto de la forma en la que se inhibe el tribunal en un primer momento competente en virtud del art. 6 letra a) RES. 2. La aplicación del art. 6 letra a) RES: ¿quién controla los requisitos de su aplicación?. 3. La activación del art. 7 letra a) RES mediante la presunción del art. 83.4 RES. IV. Reflexiones finales.

I. Aproximación inicial

1. Las normas del *Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante, RES)¹ están concebidas en gran medida para que el tribunal que conoce de una sucesión *mortis causa* transfronteriza aplique también su propio derecho a la hora de resolver el asunto². Se podría decir la *lex fori in foro proprio* es uno de los principios que caracterizan al RES y para conseguirlo el citado Reglamento dispone de diferentes mecanismos que se recogen en los arts. 5 a 9 RES.

2. Sin embargo, que el tribunal que conoce aplique su propio derecho no es el único principio clave del RES que se refuerzan con esta sentencia, también cobran especial importancia otros principios

¹ DOUE L 201/107, de 27 de julio de 2012. En la doctrina española *vid.* sobre el RES *ad ex.* R. ARENAS GARCÍA, “El Reglamento 650/2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l’execució de les resolucions, a l’acceptació i l’execució dels documents públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d’un certificat successori europeu”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, no 2, 2015, pp. 11-65; C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “El nuevo reglamento de sucesiones. Aspectos escogidos”, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ ÁRBOL/ E. W. PETIT DE GABRIEL, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, 2017, pp. 573-580; P.BLANCO-MORALES LIMONES, “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 22, enero-junio 2012, pp. 67-98J. Carrascosa González, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019; 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, 2020, pp. 933-1087; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) no 650/2012*, 2a ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2020; M.E. GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH, (dirs.), *El reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegi Notarial de Catalunya, Marcial Pons, 2016; J.L. IGLESIAS BUIGUES/ G. PALAO MORENO, (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015A.RODRÍGUEZ BENOT, *La administración de la herencia en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2017; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, vol. 27, 2014, pp. 1-59; J.M. VELASCO RETAMOSA, *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*, Civitas, Cizur Menor, 2020. En la doctrina extranjera sin carácter exhaustivo *vid.* T.BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *Riv.dir.int.*, vol. 96, no 4, 2013, pp. 1116-1145; P. BEAUMONT/J. HOLLIDAY, “Some Aspects of Scots Private International Law of Succession Taking Account of the Impact of the EU Succession Regulation”, Centre for Private International Law, University of Aberdeen, Working Paper Series, no 6, 2015, disponible en https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_6_Beaumont_and_Holliday.pdf U.BERGQUIST/D.DAMASCCELLI/R.FRIMSTON/P.LAGARDE/F.ODERSKY/B. REINHARTZ, *EU regulation on succession and wills: Commentary*, Otto Schmidt, Colonia, 2015; A. BONOMI/P. WAULETEL, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª edición, Bruylant, Bruselas, 2016; A.L.CALVO CARAVACA/ A. DAVI, H.P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; A.DAVI/A. ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2014; C. DORSEL et. al. (eds.), *Europäische Erbrechtsverordnung: Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz*, C.H. Beck, Múnich, 2016; A.DUTTA/S. HERRLER (eds.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung (Eu-ErbVO)*, C.H. Beck, Múnich, 2014; P.FRANZINA/A. LEANDRO, (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milano, 2013; B.HESS/M. REQUEJO, *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2018; J. HAGER (ed.), *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Tagungsband, Baden-Baden, 2013; G. KHAIRALLAH/M.REVILLARD, (dirs.), *Droit européen et international des successions, le règlement du 4 juillet 2012*, Defrénois, Lextenso, 2013; F.M.WILKE, “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”, *RIW*, vol. 9, 2012, pp. 601-60.

² Así se manifiesta en el considerando 27 RES y también así lo ha manifestado el TJUE en sentencias como la del asunto *Oberle*, STJUE 21 junio 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 50. Para comentarios de la doctrina sobre esta sentencia *vid.* en la doctrina española *ad ex.* I. CALVO VIDAL, “La competencia internacional en el Reglamento sobre sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (*Oberle*)”, *La Ley la Unión Europea*, nº 65, 2018; M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17”, *CDT*, vol 12, nº 1, pp. 473-511.J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Réflexions sur la notion de “jurisdiction” au sens de l’Article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne *Oberle*, C-20/17, et *WB*, C-658/17. Perspective espagnole”, *CDT*, vol 12, nº2, 2020, pp. 1001-1019. En la doctrina extranjera, M. FORNASIER, “Art. 4 EuErbVO: Internationale Zuständigkeit für deutsche Erbscheinsverfahren”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 16, 2018, pp. 1265-1266; C.TOADER, “Primele aplicații în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene”, cu elemente de drept sucesoral comparat, *Revista română de drept european*, nº 1, 2018, pp. 19-34.

como la unidad de ley³, es decir, que toda la sucesión quede regida por una única Ley, con independencia de dónde se sitúen los bienes; la certeza legal y el principio de mutuo reconocimiento. Estos principios juegan un papel importante en la interpretación y aplicación del RES por los tribunales europeos. Esto es así porque el RES no es una norma de Derecho internacional privado cualquiera, es una de las normas de Derecho internacional privado europeo que más transcendencia presenta en la práctica y con un importante impacto económico en la UE. El número de fallecidos en Europa cada año se encuentra en torno a los 5 millones⁴. Cada persona que fallece se estima que deja de media una masa hereditaria de 137.000 Euros⁵ la cual se duplica en aquellos casos de sucesiones *mortis causa* con elemento extranjero (alrededor de 274.000 Euros). La Comisión Europea considera que en torno a un 10% de las muertes que se producen son las que dan lugar a una sucesión *mortis causa* transfronteriza⁶. De este modo, 50.000 sucesiones con elemento extranjero serían las que se estaría produciendo al menos en Europa todos los años. Si se multiplica el número de sucesiones *mortis causa* transfronterizas por un valor medio de la masa hereditaria de 274.000 euros, estas sucesiones implicarían un impacto económico en la UE alrededor de 13.7000 millones Euros. La realidad es que no todas estas sucesiones *mortis causa* transfronterizas van a plantear problemas legales a los herederos pero sí que en todas ellas surgen problemas jurídicos muy similares que tienen que ver con la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable a la sucesión y con el reconocimiento de la cualidad de heredero, legatario o ejecutor testamentario en un país diferente de donde el finado tiene sus bienes o su última residencia habitual.

3. El RES persigue poner solución a muchos de estos problemas, sin embargo, existen todavía dudas sobre cómo interpretar algunos de sus 84 preceptos. En particular, el objeto del presente artículo es analizar una de las últimas resoluciones que el TJUE ha dictado en relación al RES. La sentencia a la que nos referimos es la de 9 de septiembre de 2021⁷ donde se pone atención a los artículos 6 letra a) y 7 letra a) del RES. Estos preceptos permiten que un tribunal diferente al que en principio es competente en virtud de otros foros como el art. 4 RES o el art. 10 RES pueda serlo debido a que ese tribunal coincide con el de la nacionalidad del causante y además ha llevado a cabo una elección de ley. Los artículos 7 letra a) y 6 letra a) están íntimamente relacionados y no puede entenderse uno sin el otro. No obstante, su interpretación es transcendental ya que están en juego principios claves a los que anteriormente hemos hecho referencia como que el tribunal que conoce de la sucesión aplique su propia Ley, el principio de mutuo reconocimiento o la certeza legal.

II. Hechos del caso

4. La señora CR solicita ante tribunales alemanes la expedición de un certificado sucesorio europeo y uno nacional debido al fallecimiento de su marido en marzo de 2017. El finado era un señor de nacionalidad alemana cuya residencia habitual se encontraba en España al momento de fallecer. La sucesión fue testada mediante testamento ológrafo común redactado en 1990 en idioma alemán.

5. Tras la solicitud de la viuda de los certificados, el hermano del causante interpone un recurso ante el Tribunal de lo Civil y de lo Penal de Düren (Amtsgericht Düren), el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de lo Civil y de lo Penal de Colonia (Oberlandesgericht Köln). Éste último

³ Así lo ha puesto de manifiesto el TJUE en su sentencia de 12 octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755, apartado 44.

⁴ *Vid.* datos de Eurostat, disponibles años 2.015, 2016 y 2017 en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> (consultado el 29 de noviembre de 2021). En el año 2015, el número de fallecimientos en los 28 Estados miembros ascendió a 5.210.572, en el año 2016 a 5.129.805 y en el año 2017 a 5.264.104.

⁵ Así lo señala la Comisión Europea en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la propuesta de Reglamento sucesorio europeo, Bruselas 14.10.2009 SEC (2009) 411 final, p. 4.

⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁷ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, *RK c. CR*, ECLI:EU:C:2021:718.

consideró que el hermano del fallecido llevaba razón y que los únicos tribunales competentes para emitir dichos certificados eran los tribunales del último domicilio del causante *ex art. 4 RES*, es decir, los tribunales españoles.

6. Sin embargo, la viuda no se resigna a que los tribunales españoles sean competentes y acude al Juzgado de Primera Instancia de Instrucción de Estepona para solicitar su inhibición en el asunto. Esto es así porque la señora CR considera que los tribunales alemanes estaban mejor situados para conocer del asunto que los tribunales españoles en virtud del art. 7 letra a) RES. El juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Estepona estima los argumentos de la viuda y emite un auto el 29 de abril de 2019 y se abstiene de conocer del asunto.

7. Una vez conseguido el auto de los tribunales españoles, la señora CR vuelve a solicitar ante los tribunales de Düren un certificado sucesorio nacional y un certificado sucesorio europeo. Y de nuevo, el hermano del fallecido se opon, a pesar de que los tribunales de Düren se habían declarado competentes. Ante estos hechos, el Tribunal Superior de lo Civil y de lo Penal de Colonia decide plantearle al TJUE tres cuestiones prejudiciales donde se persigue que resuelva cuestiones que atañen a dos preceptos del RES, el art. 6 letra a) y art. 7 letra a). Las cuestiones prejudiciales que tiene que resolver el TJUE son las siguientes:

1º) ¿Es necesario que la inhibición del tribunal al que se ha sometido previamente el asunto en atención al art. 6 letra a) RES sea expresa para que otorgue competencia a los tribunales del país cuya Ley ha sido elegida por el causante en atención al art. 7 letra a) RES?

2º) ¿Debe el tribunal que resulta competente de esa inhibición comprobar que se cumplen los requisitos que se señalan en los arts. 6 y 7 RES para que la inhibición tenga lugar?

3º) ¿Son aplicables las normas de competencia judicial internacional de los arts. 6 y 7 RES en el caso del causante cuyo testamento es otorgado con anterioridad al 15 de agosto de 2015 y en el cual no existe dicha elección sino que la misma es consecuencia de lo dispuesto en el art. 83.4 RES?

III. Problemas jurídicos

1. El marco operativo del art. 7 letra a) RES y el impacto de la *forma* en la que se inhibe el tribunal en un primer momento competente en virtud del art. 6 letra a) RES

8. Los foros de competencia judicial internacional que se recogen en el RES son foros puros y jerárquicos⁸. Es decir, son foros *puros* porque determinan la competencia de los tribunales en su conjunto. De este modo, para determinar el concreto tribunal territorialmente competente será necesario acudir a las normas procesales internas de cada Estado miembro. En el caso de España, será necesario acudir al art. 50 de la Ley 1/2007, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Como se señalaba, los foros son jerárquicos, hay una prelación de unos sobre otros. El objetivo es evitar el *forum shopping*, sin embargo, se ha articulado un sistema complejo no siempre fácil de entender para el ciudadano ni tampoco para el operador jurídico envuelto en una sucesión transfronteriza. En relación a esa prelación, el orden de los foros sería el siguiente: 1º) Foro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES); 2º) Foro de la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento (art. 4 RES); 3º) Foro de la situaciones de los bienes de la herencia (art. 10 RES); 4º) Foro de necesidad (art. 11 RES).

9. El foro que vamos a analizar es el del art. 7 y en particular su letra a) debido a que es uno en los que se basa la sentencia del TJUE objeto de análisis. Por lo tanto, en base al mismo será competente para conocer de una sucesión transfronteriza el tribunal del Estado miembro cuya Ley haya sido elegi-

⁸ Sobre este particular *vid* en la doctrina *per alia* 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, 2020, p. 964.

da por el causante en atención al art. 22 RES. Para que este foro resulte operativo es necesario que se cumplan una serie de requisitos⁹:

1º) El causante debe haber elegido la Ley aplicable a su sucesión y dicha Ley debe ser la de un Estado miembro. En el caso de que la Ley elegida no sea la de un Estado miembro no es posible que el foro opere, ya que el RES no puede otorgar competencia a terceros Estados. Cuando el causante ostenta más de una nacionalidad podrá elegir una única Ley para que rija su sucesión.

2º) La elección debe ser válida en atención al art. 22 RES¹⁰.

3º) Debe existir un acuerdo entre las partes para acudir a litigar ante los tribunales del país de la nacionalidad del causante (art. 5 y 7 letras b y c RES) o bien debe existir una decisión judicial conforme al art. 6 letra a) RES. Es decir, en defecto de acuerdo entre las partes, el tribunal competente para conocer de la sucesión bien en atención al último domicilio del causante (art. 4 RES) o bien del lugar de la situación de los bienes (art. 10 RES) debe a instancia de parte haberse inhibido de conocer del asunto a favor de los tribunales del Estado de la nacionalidad del causante. El motivo por el que se inhibirían tribunales que en principio son competentes es debido a que existe otro tribunal – el de la nacionalidad del causante- que está en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión (art. 6 letra a) RES).

10. Esa inhibición por parte de un tribunal que en principio era competente es uno de los aspectos claves que hacen posible que entre en escena el art. 7 letra a) RES. Dicha inhibición no deja de ser una resolución dictada por un tribunal de un Estado miembro. Pero ante el silencio del RES cabe preguntarse en el mismo sentido que hizo el tribunal alemán en la sentencia objeto de comentario *cómo debe ser la forma o el modo de llevar a cabo* esa inhibición. El TJUE sostiene en contestación a primera cuestión prejudicial que la *forma* en la que el tribunal competente lleva a cabo la inhibición debe ser inequívoca pero no necesariamente expresa.

El alto tribunal europeo recuerda que el RES no señala nada en relación a la forma en la que el tribunal al que se haya sometido previamente el asunto debe acordar su inhibición¹¹. Además, considera que las distintas versiones lingüísticas no pueden ser un impedimento¹². En la versión española del art. 6 letra a) RES se utiliza la expresión “abstenerse de conocer” y en el art. 7 letra a) se utiliza el verbo “inhibirse”, mientras que en otras versiones como la alemana, la inglesa o la italiana el término utilizado es “declinar la competencia”.

Para el TJUE en caso de divergencia entre las diferentes versiones del RES se debe seguir una interpretación de la norma basada en su estructura general y en su finalidad¹³. De este modo, aunque el tribunal español no declina su competencia de forma expresa sí lo hace de forma inequívoca a favor de

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 161-162. Vid también, F. MARONGIU BUONAIUTI, “Jurisdiction in the Event of a choice of law”, en A.L.CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, *The EU Succession Regulation*, Cambridge, 2016, pp. 174-175.

¹⁰ Sobre la *professio iuris* en el RES vid. *ad ex.* S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ/ I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, De conflictu legum, no 13, 2013, pp. 13-60; A. BONOMI, “Choice -of -Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A first Glance at the Commission’s Proposal” en K. BOELE-WOELKI/T. EINHORN/ D. GIRSBERGER/ S. SYMEONIDES, *Convergence and Divergence in Private International Law- liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing/Schulthess, Zurich, 2010, pp. 157-171; ID, “Article 22. Choix de loi” en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des succession. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª edición, Bruylant, Birsuselas, 2016, PP. 322-360; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 269-328; E. CASTELLANOS RUIZ, “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, no 50, 2019, *id.* “Ventajas e inconvenientes de la *professio iuris* en el Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no 767, 2018, pp. 1367-1400; “Choice of law”, en A.L.CALVO CARAVACA/ A. DAVI, H.P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 232-350; C.DÖBEREINER, “(Bindende?) Rechtswahlen nach der EU-Erbrechtsverordnung”, *DNotZ*, 2014, pp. 323-340; J.M.FONTANELLAS MORELL, “Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión”, *CDT*, vol. 10, no 2, octubre 2018, pp. 376-408; A. YBARRA BORES, “La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España”, *Bitácora Millennium DIPr*, no 4, 2016, pp. 1-19.

¹¹ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK c. CR, ECLI:EU:C:2021:718, apartado 33.

¹² *Ibidem*, apartados 28 y 29.

¹³ *Ibidem*, apartado 30.

los tribunales alemanes. En realidad, el tribunal español en el auto de inhibición recoge los términos del art. 6 letra a) señalando que se abstiene de conocer a favor de los tribunales de la nacionalidad del causante a los cuales considera mejor situados para conocer del caso y además aporta razones para su inhibición. De hecho, la inhibición se ajusta a importantes razones, debido a que la esposa del causante y también el hermano (las partes) residen en Alemania, y además, parte de los bienes de la herencia se encontraban en ese país. De este modo, el tribunal español se inhibe de forma inequívoca la cual es suficiente para que el tribunal alemán pueda declararse competente en atención al art. 7 letra a) RES, no siendo necesario una inhibición expresa.

2. La aplicación del art. 6 letra a) RES: ¿quién controla los requisitos de su aplicación?

11. El art. 6 letra a) RES recoge la posibilidad de que los tribunales competentes para conocer de una sucesión bien *ex. art. 4 RES* o *ex. art. 10 RES* no lo hagan a pesar de tener un foro de competencia judicial internacional a su favor debido a que el tribunal del país de la Ley elegida por el causante se encuentra en mejor situación para conocer sobre la sucesión. La activación de esta inhibición requiere tener presente los siguientes requisitos:

1º) La *elección de Ley* realizada por el causante debe ser *válida* conforme al art. 22 RES.

2º) La *activación* del art. 6 letra a) RES requiere que al menos una de las partes solicite la inhibición del tribunal competente.

3º) El tribunal con competencia para conocer *puede inhibirse o no*, es una facultad que ostenta y para hacerlo debe apreciar aspectos que favorecen a las partes¹⁴. *Ad ex.*, las partes residen en el Estado de los tribunales de la nacionalidad del causante o una parte de la masa hereditaria se encuentra en dicho Estado. Son cuestiones fácticas las que hacen que el tribunal decida que el tribunal de la nacionalidad del causante es el mejor situado para conocer. Por lo tanto, no es una inhibición sin más, el tribunal competente lo debe estudiar y valorar y ver si concurren los elementos necesarios para que tal inhibición del caso se produzca.

12. De este modo, visto que la inhibición que se recoge en el art. 6 letra a) RES no es una automática cabe plantearse si estamos ante un *Forum Non Conveniens* al más puro estilo anglosajón. Es decir, una institución jurídica que permite al tribunal competente abstenerse de conocer porque considera que existe otro tribunal mejor situado para conocer¹⁵. El art. 6 letra a) RES no es el único precepto que existe en el Derecho internacional privado europeo inspirado en el *Forum non Conveniens* anglosajón. También en la misma línea podemos encontrar el art. 15 del Reglamento 2201/2003^{16 17} Este precepto aunque puede haberse inspirado en el Derecho anglosajón, se aleja del *Forum Non Conveniens* más puro por varias razones¹⁸:

1) las partes deben solicitar al tribunal legalmente competente la conveniencia de que otro tribunal, el que coincide con la nacionalidad del causante, conozca de la sucesión;

2) el tribunal competente estudia la conveniencia de ese traspaso de la competencia, como ya se ha expuesto, no se inhibe de forma automática;

3) el tribunal a favor del cual se declina la competencia tiene la obligación legal de conocer. Esto es importante porque evita un conflicto negativo de competencia. Es decir, que finalmente las partes vean que ningún tribunal se declara competente para conocer de la sucesión *mortis causa*.

13. Muy relacionado con este último aspecto es la respuesta del TJUE a la *segunda cuestión prejudicial* que se le plantea en el asunto objeto de comentario. El tribunal alemán pregunta si los requisitos para que concurra el art. 6 letra a) RES deben ser analizados también por el tribunal a favor del cual se

¹⁴ Así lo ha manifestado también el Abogado General apartado 39.

¹⁵ STJCE 1 marzo 2005, C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, apartado 8.

¹⁶ 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DO L 388, de 23 de diciembre de 2003)

¹⁷ F. MARONGIU BUONAIUTI, "Jurisdiction in the...", p. 165.

¹⁸ *Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, El Reglamento Sucesorio...*, p. 165.

inhibe el tribunal legalmente competente en un primer momento. Sobre este particular, el TJUE considera que los tribunales de la nacionalidad del causante son competentes en atención al art. 7 letra a) RES por el mero hecho de que exista inhibición a su favor¹⁹. La resolución de inhibición del tribunal español en un primer momento competente en atención al art. 4 RES es una resolución que debe circular sin trabas sin necesidad de que supere un procedimiento específico para ello ni que se deba realizar ninguna comprobación en cuanto al fondo. Así, el tribunal competente en atención al art. 7 letra a) no debe comprobar ningún requisito del art. 6 letra a) para determinar su competencia judicial internacional. Esa labor ya la ha cumplido el tribunal competente en base la residencia habitual (art. 4 RES) o en atención al lugar de la situación de los bienes (art. 10 RES). Esto no implica que posteriormente dicho tribunal, el de la nacionalidad del causante y competente vía art. 7 letra a) RES, cuando deba determinar el Derecho aplicable a la sucesión deba comprobar la validez de esa elección de Ley conforme al art. 22 RES. Pero dicha comprobación no es en el marco de determinar su competencia, sino en la de determinar el Derecho aplicable²⁰.

Una interpretación diferente que permitiera que el tribunal que recibe la inhibición pudiera comprobar los requisitos del art. 6 letra a) RES daría lugar a una importante inseguridad jurídica para las partes. Esta interpretación del TJUE tiene su razón de ser en dos motivos:

1) Las resoluciones de inhibición dictadas por Estados miembros del RES deben considerarse resoluciones en atención al art. 3.1 g RES. De no entenderse así, las resoluciones de inhibición no circularían libremente por lo que se menoscabaría el reconocimiento mutuo. Es decir, el resultado sería que habría determinadas decisiones que sí circulan pero otras, en particular, las referidas a la inhibición, no. En definitiva, una resolución en base a la cual un tribunal de un Estado miembro se inhibe a favor de otro Estado miembro, bien como consecuencia de la existencia de una cláusula de atribución de foro válida conforme al art. 25 Reglamento Bruselas I bis²¹ o bien porque se cumplen los requisitos del art. 6 letra a) RES²², vincula al resto de Estados miembros.

2) Se evita un conflicto negativo de competencia. Si el tribunal en principio competente vía art. 7 letra a) RES realiza también un análisis de los criterios del art. 6 letra a) RES puede darse la situación de que no llegue a la misma conclusión que el tribunal que se inhibió a su favor. El resultado es que no habría ningún tribunal competente para solucionar esa sucesión, cuando en un principio eran dos tribunales de dos Estados miembros diferentes los posibles competentes. Esto generaría una gran indefensión para las partes.

14. Por lo tanto, para concluir, en relación a la pregunta que nos planteábamos en el epígrafe, los criterios del art. 6 letra a) RES se controlan única y exclusivamente por el tribunal al que se ha sometido previamente el asunto y que ostentaba competencia en virtud del art. 4 RES o 10 RES. El tribunal a favor del cual se inhibe otro tribunal de otro Estado miembro debe respetar esa resolución de inhibición. La misma es vinculante y no puede comprobar cuestiones de fondo (como los requisitos del art. 6 letra a) RES) aunque incluso el tribunal de origen se haya equivocado. El hecho de que el tribunal de origen se haya cometido algún error y aplicado incorrectamente el Derecho europeo no es un motivo de rechazo del reconocimiento. Los únicos motivos para que una sentencia no despliegue efectos en otro Estado miembros son los recogidos en el art. 40 RES y la aplicación errónea del Derecho de la UE no es un motivo de rechazo del reconocimiento.

3. La activación del art. 7 letra a) RES mediante la presunción del art. 83.4 RES

15. El TJUE debe resolver en la tercera cuestión prejudicial del asunto objeto de análisis si las reglas de competencia de los arts. 6 letra a) y 7 letra a) RES son de aplicación también en el supuesto de

¹⁹ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, *RK c. CR*, ECLI:EU:C:2021:718, apartado 41.

²⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 8 de julio de 2021. *RK* contra *CR*. ECLI:EU:C:2021:565, apartado 45.

²¹ STJUE 15 noviembre 2012, C-456/11, *Gothaer*, ECLI:EU:C:2012:719, apartado 41.

²² STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, *RK c. CR*, ECLI:EU:C:2021:718, apartado 44.

que la elección de Ley realizada por el causante se derive de la presunción del art. 83.4 RES. Artículo que se aplica cuando el causante no ha elegido la Ley aplicable a la sucesión en atención al art. 22 RES pero ha realizado disposiciones *mortis causa* con anterioridad al 17 de agosto de 2015. En este escenario, en virtud del art. 83.4 RES se puede entender que el causante de haber elegido el Derecho aplicable habría elegido dicha Ley como aplicable a su *sucesión mortis casusa*.

Un ejemplo será la mejor forma de entender la presunción del art. 83.4 RES. Señora belga residente en España realiza testamento en enero de 2010 conforme a su derecho nacional, el Derecho belga. Ella no realiza elección de Ley alguna en su testamento. Fallece en marzo de 2020. En atención al art. 83.4 RES, existe la presunción a raíz de la disposición *mortis causa* que realizó en 2010 conforme a su Derecho nacional de que el Derecho que hubiera elegido a su sucesión hubiera sido el Derecho belga, Derecho que se corresponde con la nacionalidad que ostentaba al momento de fallecer. De este modo, se puede entender que el Derecho que rige esta sucesión es el Derecho belga.

16. De este modo, con el art. 83.4 RES se persigue llegar a supuestos que no se contemplan en los arts. 83.2 y 83.3 RES. Así, el art. 83.2 RES cubre el supuesto de causante que ha elegido el Derecho aplicable a su sucesión pero con anterioridad al 17 de agosto de 2015. Dicha elección se considerará válida si cumple al momento de la elección las condiciones del capítulo III del RES o las condiciones del Derecho internacional privado vigentes del país de su residencia habitual o de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía.

Respecto del art. 83.3 RES, una disposición *mortis causa* realizada con anterioridad al 17 de agosto de 2015 será válida en cuanto al fondo y a la forma si se ajusta al momento de la elección a los criterios del capítulo III del RES o a los del Derecho internacional privado del Estado de la residencia habitual del causante o a la de su nacionalidad.

17. Respecto a lo que pregunta el tribunal alemán al TJUE en el caso objeto de análisis sobre si se puede activar el foro del art. 7 letra a) y la inhibición del art. 6 letra a) por la presunción de *professio iuris* en base al art. 83.4 RES, la respuesta es sí²³. Esta solución permite que uno de los objetivos principales del RES se cumplan y es que el tribunal que conoce aplique su propio derecho a la sucesión *mortis causa*²⁴. Esta interpretación permite afianzar el principio de certeza legal, aspecto clave en el RES que permite a los herederos saber con claridad la Ley que rige la sucesión y que va a ser sólo una única Ley la que rija la sucesión.

IV. Reflexiones finales

18. El considerando 27 RES y también determinadas interpretaciones del TJUE van dirigidas a que artículos como el. 6 letra a) y 7 letra a) RES puedan materializar el principio de que el tribunal que conoce de una sucesión *mortis causa* aplique su propio derecho. Ésta se concibe como una de las mejores opciones para resolver una sucesión *mortis causa* transfronteriza. Por eso el RES articula diferentes soluciones para conseguir este objetivo. En los casos en los que no existe elección de Ley, el RES conjuga *forum e ius* para que el tribunal de la residencia habitual acabe aplicando su propia Ley en atención al art. 21.1 RES. Sin embargo, cuando existe elección de Ley, ese principio de que el tribunal que conoce de la sucesión aplique su propio Derecho se complica. En estos casos, los arts. 5 a 9 cobran todo el protagonismo ya que son los que permiten la transferencia de competencias entre Estados miembros del RES.

19. El TJUE en la sentencia objeto de análisis afianza estos mecanismos que posibilitan que el tribunal que finalmente conozca aplique la *lex fori*. De este modo, tras esta resolución podemos afirmar que la elección de Ley válida conforme al art. 22 RES junto con una inhibición de la competencia judicial internacional llevada a cabo conforme a las exigencias del Reglamento permiten reforzar la

²³ STJUE 9 septiembre 2021, C-422/20, RK c. CR, ECLI:EU:C:2021:718, apartado 61.

²⁴ *Ibidem*, apartados 54 y 57.

seguridad jurídica y el principio de mutuo reconocimiento cuando los mecanismos de transferencia de competencias se activan. Así, en el caso de declinatoria de competencia del art. 6 letra a) RES a favor del tribunal de la nacionalidad del causante, el TJUE ha señalado con su sentencia de 9 de septiembre de 2021 que la inhibición no es automática, que las partes la tienen que solicitar y además tiene este tribunal en un primer momento competente vía art. 4 RES o art. 10 RES la obligación de chequear todos y cada uno de los requisitos del art. 6 letra a) RES. Todo ello para que el tribunal que recibe la inhibición pueda declararse competente en atención al art. 7 letra a) RES de forma automática y sin comprobar ningún requisito del art. 6 letra a) RES. Además, esta interpretación permite que la seguridad jurídica y la certeza legal salgan reforzadas cuando se aplican estos dos preceptos del RES. Una interpretación en sintonía con estos principios es siempre un suma uno para los operadores jurídicos que aplican el RES y para los ciudadanos europeos que son los que asumen las consecuencias de su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2020)

PRIVATE INTERNATIONAL LAW BIBLIOGRAPHY (2020)

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.2022.6703>

“The man who does not read has no advantage over the man who cannot read”

MARK TWAIN

Obras generales

- N. DE ARAUJO, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 9ª ed., Sao Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.
- I. BACH/P. HUBER, *Internationales Privat- und Prozessrecht: der Pflichtstoff*, München, C.H. Beck, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3 tomos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2020.
- M. DAVIES/A. BELL/P. LE GAY BRERETON/M. DOUGLAS, *Nygh's conflict of laws in Australia*, 10ª ed., Chatswood, NSW, LexisNexis Butterworths Australia, 2020.
- J. DOLINGER/C. TIBURCIO, *Direito internacional privado*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2020.
- M.C. FEULLADE, *Derecho internacional privado: Parte general: Teoría tripartita dinámica y tridimensional: competencia judicial, cooperación jurisdiccional, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, exhortos, prueba, medidas cautelares, exequatur; Derecho aplicable*, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Astrea, 2020.
- M. HOOK/J. WASS, *The conflict of laws in New Zealand*, Wellington, LexisNexis NZ Limited, 2020.
- A. KÖHLER, *Examinatorium Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.
- G.A. LORENZO IDIARTE, *Derecho internacional privado uruguayo codificado: civil - comercial – procesal*, 4ª ed., Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2020.
- Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 11ª ed., Paris, Dalloz, 2020.
- B. LURGER/M. MELCHER, *Internationales Privatrecht: Lehrbuch*, 3ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2020.
- C. OKOLI/R. OPPONG, *Private International Law in Nigeria*, Oxford, Hart, 2020.

- J.W. SINGER, *Choice of law: patterns, arguments, practices*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2020.
- C. SPILLENGER, *Principles of conflict of laws*, 3ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2020.
- S. SYMEONIDES, *Choice of law in practice: a twenty-year report from the trenches*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2020.

El Derecho internacional privado

- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Derecho Interregional español: una urgente y necesaria reforma”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 111-127.
- R. ARENAS GARCÍA, *Casos básicos de Derecho internacional privado: con sus soluciones*, Barcelona, Atelier, 2020.
- P.S. BERMAN (ED.), *The Oxford handbook of global legal pluralism*, Oxford, New York, NY, Oxford University Press, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 83-185.
- C. CAVICCHIOLI, “Forum Shopping in International Litigation”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 413-438.
- F. EICHEL, “Zur Rolle des Streithelfers bei der Begründung grenzüberschreitender Sachverhalte als Voraussetzung Europäischen Zivilverfahrensrechts”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 7-12.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Reflexiones en torno a los condicionantes actuales del Derecho internacional privado”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 295-311.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad forum shopping y recurso de revisión: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1051-1060.
- L.D. LOACKER/G.A. CAPAUL, “Gibt es einen ‘unechten’ Auslandsbezug? Zur Frage ausschliesslich rechtswahlbegründeter Internationalität und ihrer Beurteilung nach dem IPRG”, *SZIER*, 30, 4, 2020, pp. 453-475.
- D. MOYA, “Conflits intra-européens de lois et conflits de souveraineté”, *JDI Clunet*, 147, 2, 2020, pp. 529-570.
- J. SAMTLEBEN, “El divorcio de extranjeros en la República Dominicana”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 489-497.
- P. ZUMBANSEN (ED.), *The many lives of transnational law: critical engagements with Jessup’s bold proposal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

El Derecho internacional privado: Fuentes

- M.-É. ANCEL/V. ÉGÉA/G. PAYAN, “Espace judiciaire européen en matière civile”, *RTDE*, 2, 2020, pp. 341-352.
- R. ARENAS GARCÍA, “Construyendo la confianza mutua”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 139-157.
- R. ARENAS GARCÍA, “Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPR”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 145-163.

- R. ARENAS GARCÍA, “El Reino Unido y el Convenio de Lugano”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- J.F. BACHMANN, *Universalisierung des europäischen Zivilverfahrensrechts: die unilaterale Erstreckung des europäischen Zivilverfahrensrechts auf Drittstaatsverhältnisse*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- J. BASEDOW, “Le droit uniforme de l’Union Européenne: Essai sur l’interprétation et le comblement des lacunes des règlements de l’Union et des conventions internationales de droit privé uniforme ratifiée par celle-ci”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 1005-1017.
- A. DI BLASE, “Sull’interpretazione delle convenzioni e delle norme dell’Unione europea in materia di diritto internazionale privato”, *RDIPP*, LVI, 1, 2020, pp. 5-32.
- N. BOUZA I VIDAL, “Ámbito de aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales en la jurisprudencia española”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 1041-1058.
- W. BRYDIE-WATSON, “The three sisters of private international law: an increasingly co-operative family rather than sibling rivals”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 23-40.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 110, enero-junio 2020, pp. 11-37.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria and Private International Arbitration”, *CDT*, 12, 1, Marzo 2020, pp. 66-85.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea y el Derecho internacional privado español. Fuentes y sistema normativo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 187-304.
- A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “En el origen del Derecho internacional privado europeo”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 195-210.
- A. D’ORNANO, “Sur le Brexit et la coopération judiciaire civile”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 870-873.
- M. VON FALKENHAUSEN, *Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht: unternehmerische Pflichten in internationalen Lieferketten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Denationalising Private International Law - A Law with Multiple Adjudicators and Enforcers”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 31-46.
- J. FORNER DELAYGUA/A. SANTOS (EDS.), *Coherence of the scope of application: EU private international legal instruments*, Genève, Schulthess, 2020.
- F. GASCÓN INCHAUSTI/B. HESS, *The future of the European law of civile procedure*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- M. GIACALONE/S.S. SALEHI, “The European Small Claims Procedure: implementation and enforcement revisited in Italy and Belgium”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2020, pp. 181-190.
- J. VON HEIN, “The role of the HCCH in shaping private international law”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 112-127.
- T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- J. KALICKI/M.A. RAOUF (EDS.), *Evolution and adaptation: the future of international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- G. KAUFMANN-KÖHLER/M. POTESTÀ, *Investor-state dispute settlement and national courts: current framework and reform options*, Cham, Springer, 2020.

- C. KOHLER, “Parteiautonomie, zwingendes Recht und loyale Zusammenarbeit in der EU”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 253-264.
- R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé: réflexion en matière personnelle et familiale*, Paris, Dalloz, 2020.
- C. MADRID MARTÍNEZ, “The political situation in Venezuela and the Conventions of the Inter-American Specialized Conference on Private International Law of the OAS”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 481-484.
- H.-P. MANSSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2019: Konsolidierung und Multilateralisierung”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 97-126.
- J. MEEUSEN, “The contribution of ‘Brussels I’ to the process of EU Integration: a true trailblazer for the Europeanization and Constitutionalization of Private International Law”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 121-145.
- D. MOYA, “Conflits intra-européens de lois et conflits de souveraineté”, *JDI Clunet*, 147, 2, 2020, pp. 529-570.
- H. MUIR WATT, “The work of the HCCH and the path of the law: the politics of difference in unified private international law”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 79-111.
- A. NUYS, “Droit internationale privé européen”, *Journal de droit européen*, 28, 265, 2020, pp. 30-43.
- G. PAYAN (DIR.), *Conventions et protocoles de La Haye annotés: recueil annoté avec les jurisprudences des juridictions belges, françaises, luxembourgeoises et suisses ainsi que des juridictions européennes (CEDH et CJUE)*, Bruxelles, Bruylant, 2020.
- M. POLLMANN, *Kollisionen im internationalen Datenverkehr: zur Vereinbarkeit der extraterritorialen Regelungen der EU-Datenschutz-Grundverordnung mit ausgewählten US-amerikanischen Herausgabeansprüchen*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- A. REINISCH/S. HOBE/E.-M. KIENINGER/A. PETERS (HRSG.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Brexit y Derecho internacional privado”, *AEDIPR*, nº 19-20, 2019-2020, pp. 21-42.
- G. RÜHL, “Private international law post-Brexit: between plague and cholera”, *Revue de droit commercial belge*, 126, 1, 2020, pp. 21-26.
- A. SCHRAMM, *Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- C.H. STAHL, *Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer: Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung kollisionsrechtlicher Fragen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2020.
- M. SZPUNAR, “EU Private International Law: consistency of the scopes of application and/or of the solutions”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 71-80.
- C. TOADER, “La confiance mutuelle, fondement et témoignage de la valeur de l’Union européenne”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 47-58.
- F.M. WILKE, “Dimensions of coherence in EU conflict-of-law rules”, *Journal of Private International Law*, 16, 1, 2020, pp. 163-188.

Competencia judicial internacional

- K. ALTUN, “Anti-suit injunctions in European transnational litigation: past, present and post-Brexit future of an unusual remedy”, *European Review of Private Law*, 28, 3, 2020, pp. 585-625.
- B. ANCEL/M.E. ANCEL, “Brève exégèse en miroir des lois espagnole et française sur l’immunité d’exécution des Etats étrangers”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 971-986.
- J. BEHAJA, “Éclairages sur l’anti-suit injunction à la lumière du paradigme de l’équité juridictionnelle internationale”, *Petites affiches*, 409, 25, 2020, pp. 6-19.
- U. BELINTXON MARTIN, “Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 112-135.
- G. BERRINO, “La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni”, *RDI*, 103, 3, 2020, pp. 844-858.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 305-463.
- C. CAVICCHIOLI, “Forum Shopping in International Litigation”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 413-438.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- M. FERRI, “Attività di certificazione delle navi svolte da società private su delega di Stati: tra immunità e tutela giurisdizionale delle vittime”, *RDI*, 103, 3, 2020, pp. 789-816.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Renvoi à mieux se pourvoir ou renvoi devant les juridictions étrangères désignées par une clause attributive de juridiction ? (Civ. 1re, 29 janvier 2020, n° 18-24.591)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 495-502.
- R. GEIMER/E. GEIMER/G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2020.
- R. GEIMER/R.A. SCHÜTZE/T. GARBER/E. GEIMER/G. GEIMER, *Europäisches Zivilverfahrensrecht: Kommentar*, 4^a ed., München, C.H. Beck, 2020.
- P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2020.
- P. HAY, “Forum Selection Clauses – Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 505-512.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aplicación práctica de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Análisis de la excepción de litispendencia internacional y de otros aspectos a propósito del auto de la AP De Gerona (Sección 2^a) de 28 de marzo de 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 596-609.
- B. HESS/K. LENAERTS/V. RICHARD (EDS.), *The 50th anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Litispendencia internacional extracomunitaria: una alegación ignorada (SAP Barcelona de 30 de mayo de 2019)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 610-618.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad forum shopping y recurso de revisión: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1051-1060.
- A. JUNKER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5^a ed., München, C.H. Beck, 2020.
- M. KARAYANIDI, *Rethinking judicial jurisdiction in private international law: party autonomy, categorical equality and sovereignty*, Oxford, Hart, 2020.
- M. KEYES (ED.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, Cham, Switzerland, Springer, 2020.
- J. LANDBRECHT, “Anti-suit injunctions and the Hague choice of Court Convention: ‘Turner v Grovit’ turning global?”, *ZZPInt*, 24, 2019 (2020), pp. 159-197.
- V. LAZÍC/S.A. KRUISINGA, “Prorogation of jurisdiction: validity requirements and methods of interpretation”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift*

- für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 275-295.
- A.R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Bern, Stämpfli Verlag, 2020.
- P.G. MAYR, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Wien, Facultas, 2020.
- A. MICHOU, “The Exercise by U.S. Courts of their Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Wrongs Claims - Overview and Perspectives”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 497-520.
- H. NAGEL/P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2020.
- B. REMY, “À quelles conditions le paiement d’une facture renvoyant à une clause d’élection de for contenue dans des conditions générales vaut-il acceptation de celle-ci? (Civ. 1re, 20 nov. 2019, n° 18-21.854)”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 317-323.
- P. WEBB, “Forum non conveniens: a comparative perspective”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 390-405.

Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- D. BUREAU, “L’action du ministre chargé de l’économie en matière de pratiques restrictives de concurrence: l’impérativité réactivée? (Com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536, JCP G 2020, 1000, obs. C. Nourissat; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais; D. 2020. 1978, obs. L. d’Avout, S. Bollée et E. Farnoux; JT 2020, n° 233, p. 11, obs. X. Delpech; RLDC, nov. 2020, p. 28, obs. G. Leroy, S. Beaumont; RLDA, nov. 2020, p. 28, note Y. Heyraud)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 839-853.
- 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 (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 465-651.
- P. CORLAY, “Le contrôle de l’application de la clause d’exception par la Cour de cassation (Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.565, inédit)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 159-164.
- L. D’AVOUT, “Embargo international et déni de justice arbitrale (Civ. 1re, 15 janvier 2020, n° 18-18.088)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 526-538.
- V. HEUZÉ, “Un avatar du pragmatisme juridique: la théorie des lois de police”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 31-60.
- C. KOHLER, “Parteiautonomie, zwingendes Recht und loyale Zusammenarbeit in der EU”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 253-264.
- J. KOKOTT/W. ROSCH, “Eingriffsnormen und ordre public im Lichte der Rom I-VO, der Rom II-VO, der EuGWO und der EU-InsVO”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 265-274.
- F. MAULTZSCH, “Forumsfremde Eingriffsnormen im Schuldvertragsrecht zwischen Macht- und Wertedenken”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 363-377.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, *La Ley Unión Europea*, n° 81, 2020.
- R.M.G. DE MOURA RAMOS, “La méthode de la reconnaissance à l’intérieur du système conflictuel: l’article 31.º, n.º 2, du code civil portugais de 1966”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 417-433.
- N. MOUTTOS, “Does transparency lead to unfairness?: the Court of Justice of the European Union on the duty to inform about mandatory rules”, *European Review of Contract Law*, 16, 2, 2020, pp. 334-342.

- D. MOYA, *L' autorité des règles de conflit de lois: réflexion sur l' incidence des considérations substantielles*, Paris, IRJS éditions, 2020.
- O. REMIEN/M. ROBERT, "Drittstaatliche Handelsvertreter und die Richtlinie 86/653 in den Fängen der nationalen selbstbeschränkten Sachnorm und der Eingriffsnormenregelung des Art. 9 Rom I-VO: Bemerkungen zu EuGH Rs. C-507/15 - AGRO", en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 459-470.
- A. SAHNER, *Materialisierung der Rechtswahl im Internationalen Familienrecht: zur Bedeutung des Schwächerenschutzes im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- K. SIEHR, "Mandatory rules of third states from Ole Lando to contemporary European private international law", *European Review of Private Law*, 28, 3, 2020, pp. 509-522.
- M. THON, "Transnationaler Datenschutz: das internationale Datenprivatrecht der DS-GVO", *RabelsZ*, 84, 1, 2020, Heft 1, pp. 24-61.
- C.T. UNGUREANU, "Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A Romanian perspective", *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 784-794.

Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- R. ARENAS GARCÍA, "Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPR", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 145-163.
- J. BASEDOW, "Non-Recognised States in Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 1-14.
- M. BROSCHE, "Der materiell-rechtliche ordre public im internationalen Familien- und Erbrecht: nationale Perspektiven abseits der Europäisierung im IPR (zu KG, 26.2.2019, 1 W 561-564/17, unten S. 44, Nr. 5, und OGH, 29.1.2019, 2 Ob 170/18s, unten S. 47, Nr. 6)", *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 24-30.
- D. BUREAU, "L' admission du renvoi au sujet d' une action en contestation de paternité relevant de l' article 311-14 du code civil (Civ. 1re, 4 mars 2020, n° 18-26.661, D. 2020. 536; ibid. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2020. 255, obs. J. Houssier; JCP 2020, n° du 6 juillet, à paraître, note E. Fongaro)", *RCDIP*, pp. 369-375.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 653-818.
- L.F. CARRILLO POZO, "Sucesión de nacional extranjero residente en territorio de derecho foral: las cuestiones omitidas. Sentencia de la AP de Girona (Sección 2) núm. 367/2019 de 4 de octubre", *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 943-952.
- G. CERQUEIRA/N. NORD (DIR.), *La connaissance du droit étranger: à la recherche d' instruments de coopération adaptés: études de droit international privé comparé: colloque du 28 novembre 2019, Cour de cassation*, Paris, Société de législation comparée, 2020.
- L. D'AVOUT, "Embargo international et déni de justice arbitrale (Civ. 1re, 15 janvier 2020, n° 18-18.088)", *RCDIP*, 2020, 3, pp. 526-538.
- C. ESPLUGUES MOTA, "The application of foreign law by judicial and non-judicial authorities: any news?", *ZZPInt.*, 24, 2019 (2020), pp. 3-21
- J. FITCHEN, *The Private International Law of authentic instruments*, Oxford, Hart, 2020.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- F. HEINDLER, "Public Policy and Islamic Intestate Succession Law - On Case no. 2 ob 170/18s of the Austrian Supreme Court of Justice", *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 377-394.
- A. JUNKER, "Die Rück- und Weiterverweisung (Renvoi) nach dem Inkrafttreten der Europäischen Güter- und Erbrechtsverordnungen", en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang*

- im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 229-240.
- L. DE LIMA PINHEIRO, “A interpretação no direito internacional privado”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 496-509.
- B. LURGER, “Ermittlung ausländischen Sachrechts in beschleunigten Verfahren vor österreichischen Gerichten”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 67-76.
- D. MILER, “Evasion of the Law resulting from a Choice of Law under the Succession Regulation”, *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 615-636.
- M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, Paris, LGDJ, 2020.
- A. NIETO CRUZ, “Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 286-318.
- R. RUOPPO, “Lo *status* giuridico di Taiwan e i suoi riflessi sul piano internazional-privatistico”, *RDIPP*, LVI, 2, pp. 325-362.
- U. SPELLENBERG, “Ermittlung ausländischen Rechts – Unbegleitete Jugendliche aus Guinea”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 136-145.

Eficacia extraterritorial de decisiones

- J.R. BRAKSIEK, *Urteilswirkungen gegenüber Dritten im US-amerikanischen Recht und deren Anerkennung in Deutschland*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- P.-A. BRAND, “Die internationale Anerkennung und Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 210-214.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Eficacia extraterritorial de decisiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 819-1064.
- J. FITCHEN, *The Private International Law of authentic instruments*, Oxford, Hart, 2020.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- Q. FORNER DELAYGUA, “El Convenio de La Haya de 2 julio 2019 como nuevo marco normativo de las sentencias en materia contractual comercial”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 307-325.
- A. GIUSSANI, “Grounds for refusal of recognition of foreign judgments: developments and perspectives in EU member states regarding public order and conflicting decisions”, en V. RIJAVEC/K. DRNOVŠEK/C.H. VAN RHEE (EDS.), *Cross-border enforcement in Europe: national and international perspectives*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2020, pp. 57-71.
- C. KESSEDIAN, “Comment on the Hague Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters: is the Hague Convention of 2 July 2019 a useful tool for companies who are conducting international activities?”, *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 19-33.
- E. LENGART, “Les entrelacs du passé, du présent et du futur en matière d’*exequatur* (Civ. 1re, 15 janvier 2020, 2 arrêts, n° 18-25.254 et n° 18-24.261, JCP G 2020, 118, Obs. M. Farge; D. 2020. 699, note J. Guillaumé; ibid. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2020. 179, obs. P. Salvage-Gerest; Droit & Patrimoine, n° 302, mai 2020, 24, note I. Ta)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 562-577.
- H. VAN LOON, “Towards a global Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters”, *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 4-18.
- F. MARCHADIER, “L’intérêt à agir en *exequatur* devant le juge français n’est pas subordonné à la présence en France de biens appartenant au débiteur (Civ. 1re, 26 juin 2019, n° 17-19.240, D. 2019. 1398; ibid. 1956, obs. L. d’Avout, S. Bollée et E. Farnoux; JCP 2019. 916, note A. Danet)”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 295 à 300.
- C. NORTH, “The 2019 HCCH Judgments Convention: A Common Law Perspective”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 202-210.

- H. PÉROZ, *La circulation européenne des actes publics: premier commentaire du Règlement 2016-1191 du 6 juillet 2016*, Bruxelles, Bruylant, 2020.
- W.H. RECHBERGER, “Cross-border enforcement of public documents and Regulation (EU) 2016/1191”, en *Cross-border enforcement in Europe*, 2020, pp. 73-80.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, “New York v. The Hague: Recognition and enforcement of foreign judgments and awards”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 895-900.
- H. SCHACK, “Das neue Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 1-6.
- S. SCHLAUSS, “The EU regulation on public documents: a first step towards the abolition of the Apostille in the EU”, *ERA-Forum*, 21, 1, 2020, pp. 117-128.
- A. STEIN, “Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 – was lange währt wird endlich gut?”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 197-202.
- M. WILDERSPIN/L. VYSOKA, “The 2019 Hague Judgments Convention through European Lenses”, *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 34-49.

Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1065-1172.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1173-1222.
- M. DANGL, “Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen: ein Ultra-vires-Akt?”, *EuZW*, 31, 18, 2020, pp. 798-803.
- A. D’ORNANO, “Sur le Brexit et la coopération judiciaire civile”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 870-873.
- J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, “Commentary on the Judgment of the Provincial Audience of Barcelona of 21 November 2019 [notification of non-translated judicial document] [ECLI ES: APB: 2019: 9450A]”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 979-986.
- J. FITCHEN, *The Private International Law of authentic instruments*, Oxford, Hart, 2020.
- F. FUCHS, “Der internationale Urkundenverkehr 4.0: Die elektronische Apostille”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 302-305.
- J. GUILLAUMÉ, “L’office du notaire en droit international privé”, *JDI Clunet*, 2020, pp. 41-90.
- W.J. HAU, “Der Drittstaatsansässige als ‘Fremder’ im Rahmen der europäischen justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 139-148.
- B. HESS, “Untiefen des deutschen und des europäischen Zustellungsrechts”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 127-128.
- B. HESS, “Über fehlende Rechtskenntnisse deutscher Rechtsanwälte und Gerichte”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 215-216.
- C. KOHLER, “Gegenseitiges Vertrauen und Verfahrensgrundrechte im Rahmen der Amtshilfe zwischen EU-Mitgliedstaaten und darüber hinaus”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 405-408.
- H.B. KRANS/A. NYLUND, *Procedural autonomy across Europe*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- K. MEHTIYEVA, *La notion de coopération judiciaire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd., 2020.
- E. MINERVINI, “La tutela collettiva dei consumatori e la L. 12 aprile 2019, n. 31”, en *Le nuove leggi civili commentate*, XLIII, 2, 2020, pp. 346-359.
- A. PILETTA MASSARO, “The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law”, *European Review of Private Law*, 28, 4, 2020, pp. 841-864.

- V. RICHARD/B. HESS, “The 1965 Service and 1970 Evidence Conventions as crucial bridges between legal traditions?”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 288-297.
- F. RIELÄNDER, “Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im europäischen Kollisionsrecht: zur Qualifikation eines zwischen Internationalem Wettbewerbs- und Internationalem Immaterialgüterrecht oszillierenden Phänomens”, *ZVglRWiss*, 119, 3, 2020, pp. 339-368.
- M. SAFJAN/D. DÜSTERHAUS, “De l’encadrement de l’ordre public procédural des Etats membres à l’ordre procédural autonome de l’Union”, en B. HESS/K. LENAERTS (EDS.), *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 59-70.
- H. SCHLÄFKE/T.B. LÜHMANN, “Die Europäische Verbandsklage: Grundzüge der politischen Einigung auf einen Richtlinienentwurf und Ausblick”, *Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, núms. 5-6, 2020, pp. 164-174.
- J. SLADIĆ, “L’obtention de preuves en matière civile et commerciale dans l’espace judiciaire européen: status quaestionis et la réforme envisagée”, *Revue des affaires européennes*, 25, 1, 2020, pp. 191-212.
- A. STADLER/E. JEULAND/V. SMITH (EDS.), *Collective and mass litigation in Europe: model rules for effective dispute resolution*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- A. TABBARA, *Les actions de groupe dans le contentieux international*, Paris, L’Harmattan, 2020.
- W. VOSS, “Rechtshilfe auf US-amerikanische Art – discovery ausländischer Beweismittel von ausländischen Antragsgegnern zur Verwendung in ausländischen Verfahren”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 260-266.

Derecho de los negocios internacionales

- M. AIGNER, “Das internationale Privatrecht und die Blockchain: ein unlösbarer gordischer Knoten?”, *ZfRV*, 61, 5, 2020, pp. 211-223.
- M. AUDIT, “Le droit international privé confronté à la blockchain”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 669-694.
- R. DE BARROS FRITZ, “Das neue Legal-Tech-Geschäftsmodell der gebündelten Rechtsdurchsetzung aus der Perspektive des IPR”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 499-505.
- D. BUREAU, “L’action du ministre chargé de l’économie en matière de pratiques restrictives de concurrence: l’impérativité réactivée? (Com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536, JCP G 2020, 1000, obs. C. Nourissat; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais; D. 2020. 1978, obs. L. d’Avout, S. Bollée et E. Farnoux; JT 2020, n° 233, p. 11, obs. X. Delpéch; RLDC, nov. 2020, p. 28, obs. G. Leroy, S. Beaumont; RLDA, nov. 2020, p. 28, note Y. Heyraud)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 839-853.
- M. BUSCEMI/N. LAZZERINI/L. MAGI/D. RUSSO (EDS.), *Legal sources in business and human rights: evolving dynamics in international and European law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2020.
- M.P. CANEDO ARRILLAGA, “Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 226-253.
- M. CUENA CASAS, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 283-348.
- L. DAVARNEJAD, *Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen und Corporate Social Responsibility (CSR): zugleich ein Beitrag zur Verbindlichkeit von Verhaltenskodizes internationaler Organisationen als Soft Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- A. D’ORNANO, “Sur la légalité des enquêtes internes à la lumière d’un récent arrêt américain”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 175-178.
- A. D’ORNANO, “Sur le projet Libra”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 178-184.
- L. ENNEKING ET AL. (EDS.), *Accountability, international business operations, and the law: providing justice for corporate human rights violations in global value chains*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.

- C. ESPLUGUES MOTA, “La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 372-413.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- F. GASCÓN INCHAUSTI/B. HESS (EDS.), *The future of the European law of civile procedure: coordination or harmonisation?*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- B. GEVA/S. PEARI, *International negotiable instruments*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- P. GUEZ/F. DE BÉRARD, “Chronique de droit international privé appliqué aux affaires: 1 décembre 2018 au 31 décembre 2019”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2, 2020, pp. 237-273.
- J. GUILLAUMÉ, “L’office du notaire en droit international privé”, *JDI Clunet*, 2020, pp. 41-90.
- M. HO-DAC, “La (dé)réglementation des services d’intermédiation fournis par la plateforme Airbnb à l’aune de la directive ‘commerce électronique’” (CJUE 19 décembre 2019, aff. C-390/1, M. Abenhäim, Services de la société de l’information, Europe n° 2, févr. 2020, comm. 55; A. Chappuis-Doppler & V. Delhomme, *A regulatory conundrum in the platform economy, case C-390/18 Airbnb Ireland*, European Law Blog, 12 fév. 2020, <https://europeanlawblog.eu/2020/02/12/a-regulatory-conundrum-in-the-platform-economy-case-c-390-18-airbnb-ireland/>; X. Delpech, *Juris tourisme* 2020, n° 226, p. 11 ; T. Douville et H. Gaudin, Service de la société de l’information, Airbnb bénéficie de la libre circulation, *JCP Entreprise et Affaires* n° 12, 19 mars 2020, p. 1129 et s.; A. Lecourt, Impossibilité pour la France d’exiger d’Airbnb de disposer d’une carte professionnelle d’agent immobilier, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 265), *RCDIP*, 2020, 3, pp. 588-613.
- C. KESSEDIAN/V. PIRONON, *Droit du commerce international*, 2^a ed., Paris, PUF, 2020.
- J. LANDER, *Transnational Law and State Transformation. The Case of Extractive Development in Mongolia*, Abingdon, UK, Routledge, 2020.
- T. LUTZI, *Private international law online: internet regulation and civil liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Internet y Derecho internacional privado: balance de un cuarto de siglo”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 211-228.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Propuesta de Reglamento sobre los mercados de criptoactivos en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, n° 85, 2020.
- F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, 2^a ed., Milano, Cedam, 2020.
- Á.M. MORENO MOLINA, “La historia interminable de las indemnizaciones por cambios regulatorios: el caso Stadtwerke München”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 606-632.
- R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 740-757.
- B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “La eficacia transfronteriza de los acuerdos de mediación y la Convención de Singapur: ¿grandes esperanzas?”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1406-1445.
- P. SOOKSRIPAIARNKIT/I. OBI, “Complex contractual relationships - is there a need for special private international law rules on contractual chains and networks?”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 439-448.
- S.I. STRONG, *Legal reasoning across commercial disputes: comparing judicial and arbitral analyses*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- A. VITTERBO, *Sovereign Debt Restructuring: The Role and Limits of Public International Law*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020.
- C.C. WENDEHORST, “Digitalgüter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 490-499.
- P. ZAPATERO MIGUEL, “Level up: A History of regime-building at GATT Club”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 818-839.

Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- F. ALBA CLADERA, “Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1217-1242.
- D. ALEXANDRE/A. HUET, *Compétence judiciaire et effets des décisions dans l’Union européenne: matières civile et commerciale*, Paris, Dalloz, 2020.
- K. ALTUN, “Anti-suit injunctions in European transnational litigation: past, present and post-Brexit future of an unusual remedy”, *European Review of Private Law*, 28, 3, 2020, pp. 585-625.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “El pasajero no consumidor en el contrato internacional de transporte aéreo: Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020, asunto C-606/19: Flightright GmbH vs. Iberia L. A. E., S. A. Operadora Unipersonal”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “La protección del crédito transfronterizo mediante la orden europea de retención de cuentas. En torno a la STJUE C-555/18 de 7 de noviembre de 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 444-455.
- B. AÑOVEROS TERRADAS, “La condena parcial en costas y su compatibilidad con el proceso europeo de escasa cuantía (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-554/17: Rebecka Jonsson”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- R. ARENAS GARCÍA, “El Reino Unido y el Convenio de Lugano”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- J.F. BACHMANN, *Universalisierung des europäischen Zivilverfahrensrechts: die unilaterale Erstreckung des europäischen Zivilverfahrensrechts auf Drittstaatsverhältnisse*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- L. BAY LARSEN, “Determinación de las costas del proceso europeo de escasa cuantía en relación con la parte perdedora: TJ, Sala Tercera, S 14 febrero 2019. Asunto C-554/17: Jonsson”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- A. BONOMI/C. MARIOTTINI, “A Game Changer in International Litigation? - Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 537-568.
- W. BOONK, “Jurisdiction in road transport cases: concurrence of CMR and Brussels I (recast): unsettled issues”, *European Transport Law*, LV, 1, 2020, pp. 60-66.
- O. BOSKOVIC, “La règle des codéfendeurs et l’action paulienne (Com. 26 févr. 2020, nº 18-21.144, D. 2020. 951, F. Jault-Seseke; ibid. 1970, obs. E. Farnoux)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 772-779.
- S. BREDER, *Die Verzahnung der Brüssel Ia-VO mit der Schiedsgerichtsbarkeit bei Parallelverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 ‘Bruselas I-bis’ de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1089-1316.
- T.E. CARBONNEAU/W.E. BUTLER/H.A. BLAIR, *International litigation and arbitration: cases and materials*, 3ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2020.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros –Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal–”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 51, 2020.
- L. COLBERG, “Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 426-433.
- E. D’ALESSANDRO (ED.), “Law train” *self-learning handbook on Brussels I recast and Brussels II bis regulations*, Torino, G. Giappichelli editore, 2020.
- E. D’ALESSANDRO, “Danno da inadempimento dell’accordo di scelta del foro esclusivo: un’importante sentenza del Bundesgerichtshof”, *Rivista di diritto processuale*, LXXV, 2, 2020, pp. 792-806.
- Q. DECLÈVE/M. VOGELS, “Ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires: la Cour de justice de l’Union européenne préserve l’équilibre entre les intérêts des créanciers et les droits de la défense des débiteurs: note”, *Revue de droit commercial belge*, 126, 1, 2020, pp. 63-68.

- F. EICHEL, “Zur Rolle des Streithelfers bei der Begründung grenzüberschreitender Sachverhalte als Voraussetzung europäischen Zivilverfahrensrechts (zu EuGH, 22.11.2018, Rs. C-627/17, ZSE Energia, unten S. 30, Nr. 1)”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 7-12.
- D. EINSELE, “Der Erfüllungsort von Geschäften in Finanzinstrumente”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 61-72.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- E. GALLANT-BUSNEL, “Consécration de la catégorie ‘partenariats de fait’ au sein de la matière civile et commerciale (CJUE 6 juin 2019, aff. C-361/18, D. 2019. 1232; ibid. 2020. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; Dr. fam. 2019. 54, obs. A. Devers; Europe août 2019. Comm. 360, obs. L. Idot; JDE janv. 2020. p. 30, chron. A. Nuyts)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 285-295.
- F. GASCÓN INCHAUSTI/B. HESS, *The future of the European law of civile procedure*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Affirmation du principe de *perpetuatio fori* et application du Règlement Bruxelles I (Civ. 1re, 13 mai 2020, n° 19-10.448, JCP G 2020, 754, note J.-P. Beraudo; D. 2020. 2164, note M. Minois; ibid. 1485, obs. J.-J. Lemouland; AJDI 2020. 697; AJ contrat 2020. 381, obs. L. Pailler)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 794-800.
- M. GIACALONE/S.S. SALEHI, “The European Small Claims Procedure: implementation and enforcement revisited in Italy and Belgium”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2020, pp. 181-190.
- A. GIUSSANI, “Controversie di modesta entità e rifusione dei compensi di difesa nel regolamento UE n. 2421/2015”, *Rivista di diritto processuale*, LXXV, 2, 2020, pp. 690-697.
- T.C. HARTLEY, *International commercial litigation: text, cases and materials on private international law*, 3ª ed., Cambridge, 2020.
- J. HEYMANN, “Compétence judiciaire et immunités juridictionnelles: précisions sur la notion de ‘matière civile et commerciale’”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 30-35, 2020, pp. 1428-1434.
- P. HUBER, “Der Cordanzug von Amazon: Hinweispflichten bei Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 215-227.
- C.A. KERN/C. UHLMANN, “Der Zeitpunkt des Eintritts der Sperrwirkung unter der EuGVVO (zu BGH, 13.9.2016, VI ZB 21/15, unten S. 32, Nr. 2)”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 12-18.
- A. KISTLER/M. DAPHINOFF, “Der Schiedsgerichtsbarkeitsausschluss der EuGVVO und des Lugano Übereinkommens”, *SZIER*, 30, 4, 2020, pp. 477-519.
- F. KOEHEL, “Art. 26 EuGVVO als (vermeintlich) subsidiärer Gerichtsstand und rügelose Einlassung durch ‘beredtes Schweigen’”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 524-532.
- X.E. KRAMER/J. HOEVENAARS, “European Civil Procedure and the dialogue between national courts and the European Court of Justice”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 175-201.
- M.-C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Nature contractuelle de l’action en recouvrement des charges de copropriété (CJUE, 8 mai 2019, aff. C-25/18, Brian Andrew Kerr c/ Postonv et Postovna, D. 2019. 996; RTD com. 2019. 789, obs. A. Marmisse-d’Abbadie d’Arrast; Rev. Europe 2019, comm. 308, obs. L. Idot; Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2019, repère n° 8, obs. J. Monéger)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 93-106.
- C. LENZ, “L’exploitation du rapport d’expertise français par le juge allemand: la toute-puissance de l’article 35 du règlement Bruxelles I bis”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 473-486.
- J.D. LÜTTRINGHAUS, “Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im Internationalen Zivilverfahrensrecht”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 433-438.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo.

- Comentario al auto de 5 de julio de 2019 de la AP de Madrid (Sección 28)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 619-626.
- P. MANKOWSKI (ED.), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.
- D. MARÍN CONSARNAU, “Ámbito de aplicación *ratione temporis* y *ratione materiae* del Reglamento (CE) 44/2001 vs. Reglamento (UE) 1215/2012: resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2019, C-361/18: Weil”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- A.R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Bern, Stämpfli Verlag, 2020.
- P.G. MAYR, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Wien, Facultas, 2020.
- J. MEEUSEN, “The contribution of ‘Brussels I’ to the process of EU Integration: a true trailblazer for the Europeanization and Constitutionalization of Private International Law”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 121-145.
- L. MERRETT/A. SOMMERFELD, “Incentives for choice of law and forum in commercial contracts: predicting the impact of Brexit”, *European Review of Private Law*, 28, 3, 2020, pp. 627-663.
- H. MUIR WATT, “Le droit international privé au service de la géopolitique: les enjeux de la nouvelle Convention de la Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 427-448.
- J. NÚÑEZ CERVIÑO, “Consideración de la actividad de certificación y clasificación de buques como ‘materia civil y mercantil’ exenta de la inmunidad propia de la actividad de Estados extranjeros a la luz del art. 1.1 del Reglamento 44/2001: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2020, Asunto C- 641/18: LG y otros/Rina SpA y Ente Registro Italiano Navale”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- C. OJEGBE, *International commercial arbitration in the European Union: Brussels I, Brexit and beyond*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- J.C. ORTIZ PRADILLO, Competencia judicial internacional y medidas cautelares: hacia una tutela cautelar en el Proceso Civil Europeo convergente con los ordenamientos nacionales”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1337-1357.
- L. PAILLER, “La réécriture consumériste de l’office du juge saisi d’une injonction de payer européenne (CJUE 19 déc. 2019, aff. jtes C-453/18 et C-494/18, D. 2020. 23; Rev. prat. rec. 2020. 17, chron. A. Raynouard; Europe 2020. Comm. 87, obs. L. Idot)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 324-333.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “El principio de sumisión voluntaria de Savigny como germen del fundamento del art. 7.1 del Reglamento de Bruselas I ‘bis’ y de la jurisprudencia del TJUE en la precisión del lugar de cumplimiento de la prestación característica”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 497-518.
- L. PENASA, “Gli accordi sulla giurisdizione a favore di giudici di stati terzi nel regolamento Bruxelles I-bis”, *Rivista di diritto processuale*, LXXV, 1, 2020, pp. 46-75.
- F. POCAR, “The Brussels Convention: 50 years of contribution to European Integration”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 249-257.
- I. PRETELLI, “La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en ‘matière contractuelle’ dans le règlement Bruxelles I – À propos de l’arrêt Feniks (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 61-82.
- L. RADEMACHER, “Anspruchskonkurrenz und Kognitionsbefugniskonzentration im europäischen Zuständigkeitsrecht”, *ZZPInt*, 24, 2019 (2020), pp. 141-158.
- J. RAPP, “Asymmetrische Streitbeilegungsklauseln im internationalen Rechtsverkehr”, *ZZPInt*, 24, 2019 (2020), pp. 199-247.

- J. RAPP, “Die Pfändung eines Anteils an einer Limited Liability Partnership (LLP)”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 131-135.
- M. REQUEJO ISIDRO, “Le ‘régime Bruxelles’ dans le droit européen de la procédure civile”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 81-106.
- F. RIELÄNDER, “Subjektive Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen im Internationalen Versicherungsprozessrecht”, *EuZW*, 31, 15, 2020, pp. 664-670.
- Y. ROMERO MATUTE, “Comentario del AAP Barcelona nº 128/2019 de 8 de mayo: contrato de suministro y cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 700-712.
- Y. ROMERO MATUTE, “Análisis del AAP Valencia nº 276/2019 de 11 de octubre: cláusula de competencia judicial internacional incluida en el régimen de conocimiento de embarque: subrogación de una de las partes”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1146-1154.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Reclamaciones transfronterizas en materia contractual contra terceros ajenos al contrato y viajes combinados: la sentencia del TJUE 26 de marzo 2020, Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S (C-215/18): please mind the gap between the passenger and the air company!”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 724-739.
- M. SAFJAN, “Competencia judicial especial en materia contractual: demanda de indemnización presentada contra el transportista aéreo encargado del último trayecto ante el órgano jurisdiccional en cuya demarcación se sitúa el punto de salida del primer trayecto: TJ, Sala Sexta, A 13 Feb. 2020. Asunto C-606/19: Flightright”, *La Ley Unión Europea*, nº 80, 2020.
- M. SAFJAN/D. DÜSTERHAUS, “De l’encadrement de l’ordre public procédural des Etats membres à l’ordre procédural autonome de l’Union”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 59-70.
- C. SANTALÓ GORIS, “Primera sentencia del Tribunal de Justicia sobre la orden europea de retención de cuentas bancarias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre 2019, asunto C-555/18: K.H.K. (Saisie conservatoire des comptes bancaires)”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- H. SCHACK, “Das neue Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 1-6.
- C. SCHMON, *The interconnection of the EU regulations Brussels I recast and Rome I: jurisdiction and law*, The Hague, Asser Press, Berlin, Springer, 2020.
- D. SCHNICHELS/A. STEIN, “Die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Bereich der EuGVVO im Jahr 2019”, *EuZW*, 31, 20, 2020, pp. 869-880.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Competencia judicial internacional en una demanda de abono de las cuotas anuales que un abogado adeuda a un colegio de abogados: TJ, Sala Primera, S 5 Dic. 2019. Asunto C-421/18: Ordre des avocats du barreau de Dinant”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- C. SILVESTRI, “Le ‘misure provvisorie e cautelari’ nella ricostruzione interpretativa della Corte di giustizia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXXIV, 2, 2020, pp. 711-735.
- B. SUJECKI, “Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur EuGVVO im Jahr 2019”, *EWS*, 31, 5, 2020, pp. 252-263.
- C. THOMALE, “Die internationalprivatrechtliche Behandlung von Wohnungseigentümergeinschaften”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 18-21.
- C. TOADER, “Acción de cesación de prácticas comerciales desleales ejercitada por una autoridad pública para la protección de los intereses de los consumidores. TJ, Sala Primera, S 16 Jul. 2020. Asunto C 73/19: Movic y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- C. TOADER, “Una demanda de indemnización interpuesta contra sociedades de clasificación y de certificación de buques por cuenta y por delegación de un Estado tercero está comprendida en el Reglamento Bruselas I.TJ, Sala Primera, S 7 May. 2020. Asunto: C-641: Rina”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014, sobre la Orden Europea de retención de cuentas”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1470-1482.

M.M. WINKLER, “Understanding claim proximity in the EU regime of jurisdiction agreements”, *ICLQ*, 69, 2, 2020, pp. 431-449.

Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- R. ARENAS GARCÍA, “La Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la movilidad de sociedades dentro de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- E. ARTMANN/F. RÜFFLER/U. TORGGGLER (HRSG.), *Gesellschaftsrecht und IPR*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2020.
- A. AUTENNE/ J.-M. JONET, “La réforme du droit international privé belge des sociétés à la lumière du droit européen”, *DA: revue internationale du droit des affaires*, 1, nº 133, 2020, pp. 39-55.
- G. BOTTINI, *Admissibility of shareholder claims under investment treaties*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- 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 (CJUE Ire ch., 3 oct. 2019, aff. C-272/18, D. 2020. 378, note J. Chacornac; RTD com. 2020. 211, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 349-359.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 25-131.
- 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”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 953-970.
- C. GERNER-BEUERLE/F.M. MUCCIARELLI/E. SCHUSTER/M. SIEMS (EDS.), *The Private International Law of Companies in Europe*, München, C.H.Beck, 2020.
- S.R. GÖTHEL (HRSG.), *Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen: Unternehmenskäufe, Umstrukturierungen, Joint Ventures, SE*, 5ª ed., Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, 2020.
- J.A. GONZÁLEZ LÓPEZ, “La crisis de identidad del Derecho societario de la Unión Europea. Comentario al asunto Polbud y a cuestiones derivadas”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 558-585.
- T. HORNBERGER, *Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU: eine Analyse de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- C. KESSEDIAN/H. CANTÚ RIVERA (EDS.), *Private international law aspects of corporate social responsibility*, Cham, Switzerland, Springer, 2020.
- C. LUDWIG, *Internationales Gesellschaftsrecht der deutschen typenvermischten Personengesellschaften: Sitz der EU-auslandsgeführten Kapitalgesellschaft & Co. KG und Niederlassungsfreiheit von Anteilsinhabern und Leitungspersonen*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- H.-P. MANSSEL, “Zum Anwendungsbereich des Art. 24 Nr. 2 EuGVVO beim verschmelzungsbedingten squeeze out und Drittklagen gegen sachverständige Prüfer”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 341-349.
- G.-V. PETANIDIS, *Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- J. RAPP, “Die Pfändung eines Anteils an einer Limited Liability Partnership (LLP)”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 131-135.
- A. REINISCH/S. HOBE/E.-M. KIENINGER/A. PETERS (HRSG.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- F. RIELÄNDER, “Treuhandverträge über Geschäftsanteile: Stärkung des Verbraucher kollisionsrechts und Präzisierung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rom I-VO”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 224-232.

- Y. ROMERO MATUTE, “Comentario del AAP Barcelona nº 128/2019 de 8 de mayo: contrato de suministro y cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 700-712.
- J. ROWOLD, *Pflichten und Handlungsmöglichkeiten von Vorstandsmitgliedern bei internationalen Normenkonflikten*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- E. SCHOLLMMEYER, “Wirksamkeit einer inländischen Registereintragung nach ausländischem Recht: Kann das neue Spaltungsrecht funktionieren?”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 297-301.
- A. SCHRAMM, *Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- C.H. STAHL, *Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer: Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung kollisionsrechtlicher Fragen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2020.
- C. THOMALE, “Die internationalprivatrechtliche Behandlung von Wohnungseigentümergeinschaften”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 18-21.
- F.M. WILKE, “Die Treuhandkonstruktion von Publikumsgesellschaften und die Rom I-VO: Zugleich Besprechung zu: EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – C-272/18 , VKI ./ TVP”, *GPR*, 17, 3, 2020, pp. 116-121.

Contratos internacionales (I)

- M. AIGNER, “Das internationale Privatrecht und die Blockchain: ein unlösbarer gordischer Knoten?”, *ZfRV*, 61, 5, 2020, pp. 211-223.
- M.-E. ANCEL/P. DEUMIER/M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 2020.
- L. D’AVOUT, “L’efficacité envers les tiers d’une cession de créance ne relève pas (plus?) du règlement Rome I (à propos d’un considérant escamoté par la Cour de justice) (CJUE, 1re ch., 9 oct. 2019, aff. C-548/18, D. 2019. 1944; Rev. prat. rec. 2020. 17, chron. A. Raynouard; JCP E 2020, nº2, obs. C. Nourissat)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 359-368.
- A.J. BĚLOHLÁVEK, “Determining the law governing obligations in arbitration and the applicability of the Rome I Regulation”, *NIPR*, 38, 4, 2020, pp. 634-651.
- N. BOUZA I VIDAL, “Ámbito de aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales en la jurisprudencia española”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 1041-1058.
- 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 (CJUE 1re ch., 3 oct. 2019, aff. C-272/18, D. 2020. 378, note J. Chacornac; RTD com. 2020. 211, obs. A. Marmisse-d’Abbadie d’Arrast)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 349-359.
- G.-P. CALLIESS/M. RENNER (EDS.), *Rome Regulations: Commentary*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 111, julio-diciembre 2020, pp. 163-180.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 133-394.
- 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”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 953-970.
- J. CEJKA, *Kollisionsrechtliche Probleme grenzüberschreitender Überweisungen: ein Beitrag zur Diskussion um die akzessorische Anknüpfung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- D. COESTER-WALTJEN, “Einige Überlegungen zum Gebot der übergreifenden systematischen Auslegung nach Erwägungsgrund 7 Rom I-VO”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 385-392.
- J. ERAZO ROBLES, “Desarrollo actual de la conexión ‘residencia habitual del cedente’ para los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos”, *La Ley Unión Europea*, nº 82, 2020.

- F. FERRARI (ED.), *Concise commentary on the Rome I Regulation*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- F. GARCIMARTÍN, “La ley aplicable a la cesión de créditos en el Derecho internacional privado europeo: lagunas y propuestas legislativas”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 353-365.
- M. GERNERT, “Vertragskündigungen iranischer Geschäftsbeziehungen aufgrund US-Sanktionen und ein möglicher Verstoß gegen die EU-Blocking-Verordnung und § 7 AWV”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 329-336.
- E. GUINCHARD (ED.), *Rome I and Rome II in practice*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- I. HEREDIA CERVANTES, “Cesiones internacionales de créditos y eficacia frente a terceros: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2019, asunto C-548/18, BGL BNP Paribas SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 79, 2020.
- K. HESSE/J. REUS, *Das UN-Kaufrecht und die Rechtswahlklausel*, Berlin, Lit, 2020.
- P. HUBER, “Der Cordanzug von Amazon: Hinweispflichten bei Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 215-227.
- J. KOKOTT/W. ROSCH, “Eingriffsnormen und ordre public im Lichte der Rom I-VO, der Rom II-VO, der EuGVO und der EU-InsVO”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 265-274.
- T. LUTZI, *Private international law online: internet regulation and civil liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- F. MAULTZSCH, “Forumsfremde Eingriffsnormen im Schuldvertragsrecht zwischen Macht- und Wertedenken”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 363-377.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of laws and the internet*, Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, Paris, LGDJ, 2020.
- J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Advocating party autonomy in private international law - the 2015 Choice of Law Principles”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 349-360.
- N. MOUTTOTOS, “Does transparency lead to unfairness?: the Court of Justice of the European Union on the duty to inform about mandatory rules”, *European Review of Contract Law*, 16, 2, 2020, pp. 334-342.
- C. OKOLI, *Place of performance: a comparative analysis*, Oxford, Hart, 2020.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1106-1109.
- R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 5ª ed., London, Sweet et Maxwell, 2020.
- M. POLLMANN, *Kollisionen im internationalen Datenverkehr: zur Vereinbarkeit der extraterritorialen Regelungen der EU-Datenschutz-Grundverordnung mit ausgewählten US-amerikanischen Herausgabeansprüchen*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- O. REMIEN/M. ROBERT, “Drittstaatliche Handelsvertreter und die Richtlinie 86/653 in den Fängen der nationalen selbstbeschränkten Sachnorm und der Eingriffsnormenregelung des Art. 9 Rom I-VO: Bemerkungen zu EuGH Rs. C-507/15 - AGRO”, en *National, international, transnational: har-*

- monischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 459-470.
- M. REQUEJO ISIDRO, “25 años de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: estado de la cuestión”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (Eds.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 91-139.
- F. RIELÄNDER, “Treuhandverträge über Geschäftsanteile: Stärkung des Verbraucher kollisionsrechts und Präzisierung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rom I-VO”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 224-232.
- M. SAFJAN, “Exclusión del Derecho de sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I: TJ, Sala Primera, S 3 Oct. 2019. Asunto C-272/18: Verein für Konsumenteninformation”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- P.F. SCHLOSSER, “Rechtswahlvereinbarung für den Hauptvertrag auch gültig für die Schiedsvereinbarung?”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 222-224.
- C. SCHMON, *The interconnection of the EU regulations Brussels I recast and Rome I: jurisdiction and law*, The Hague, Asser Press, Berlin, Springer, 2020.
- A. SCHRAMM, *Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- B.J. SCRABACK, “Die Wohnungseigentümergeinschaft zwischen Brüssel Ia- und Rom I-VO: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.5.2019, C-25/18, Kerr ./ Postnov”, *GPR*, 17, 1, 2020, pp. 13-17.
- K. SIEHR, “Mandatory rules of third states from Ole Lando to contemporary European private international law”, *European Review of Private Law*, 28, 3, 2020, pp. 509-522.
- D. SINDRES, “L’appréhension par le droit international privé de l’action en responsabilité d’un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 711-741.
- C. THOMALE, “Die internationalprivatrechtliche Behandlung von Wohnungseigentümergeinschaften”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 18-21.
- C. TOADER, “El Reglamento Roma I no designa la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios: TJ, Sala Primera, S 9 Oct. 2019. Asunto C-524/18: BGL BNP Paribas”, *La Ley Unión Europea*, nº 79, 2020.
- C.T. UNGUREANU, “Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A Romanian perspective”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 784-794.
- H.L.E. VERHAGEN, “An optimal conflict rule for assignment”, *European Review of Private Law*, 28, 1, 2020, pp. 29-50.
- C.C. WENDEHORST, “Digitalgüter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 490-499.
- F.M. WILKE, “Die Treuhandkonstruktion von Publikumsgesellschaften und die Rom I-VO: Zugleich Besprechung zu: EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – C-272/18, VKI ./ TVP”, *GPR*, 17, 3, 2020, pp. 116-121.
- B. ZAHN, “Das auf die Drittwirkung von Forderungsabtretungen anwendbare Recht: zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.10.2019, C-548/18 (BGL BNP Paribas) und OLG Saarbrücken, Urt. v. 20.2.2020, 4 U 109/17”, *GPR*, 17, 5, 2020, pp. 218-222.

Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- H. AGUILAR GRIEDER, “Problemas de ley aplicable en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11^a) de 3 de julio de 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 435-443.
- H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 30-51.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “El pasajero no consumidor en el contrato internacional de transporte aéreo: Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020, asunto C-606/19: Flightright GmbH vs. Iberia L. A. E., S. A. Operadora Unipersonal”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.

- L. ARNAU RAVENTÓS, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 796-807.
- R. DE BARROS FRITZ, “Das neue Legal-Tech-Geschäftsmodell der gebündelten Rechtsdurchsetzung aus der Perspektive des IPR”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 499-505.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato internacional del seguro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, T. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 573-617.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales II: Contratos en particular”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 395-571.
- S. CÁMARA LAPUENTE, “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 838-862.
- J. CAMPS, “Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 863-874.
- M. CUENA CASAS, “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 283-348.
- F. FERRARI ET AL., *Delay Clauses in International Construction Contracts*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2020.
- V. FUENTES CAMACHO, “Litigios transfronterizos, arbitraje y mediación en materia de seguros”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 327-346.
- L. GARCÍA ÁLVAREZ, “Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 430-474.
- M.E. GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 908-929.
- N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a la forma en las donaciones internacionales. En torno a la STSJ Cataluña de 18 marzo 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 586-595.
- N. GOÑI URRIZA, *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- B. GSELL/R. ARALDI, “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 475-495.
- J.M. JACQUET, “Des contrats d’État aux contrats d’investissement: continuité et discontinuités”, *JDI Clu-net*, 2020, pp. 1-40.
- M. LAAZOUZI, “De l’inopposabilité à l’illicéité de la clause attributive de compétence invoquée contre l’assuré non-souscripteur (CJUE 27 février 2020, aff. C-803/18, *AAS Balta c/ UAB ‘Grifs AG’*, D. 2020. 441; *ibid.* 951, obs. F. Jault-Seseke; *ibid.* 1970, obs. E. Farnoux; RTD com. 2020. 739, obs. A. Marmisse-d’Abbadie d’Arrast; Europe 2020, n° 4, p. 31, obs. L. Idot)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 779-793.
- E. LITINA, *Theory, law and practice of maritime arbitration: the case of international contracts for the carriage of Goods by sea*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- J. MALENOVSKÝ, “Derecho a compensación acumulativa en caso de retraso o de cancelación no solo de la reserva original, sino también de la siguiente reserva efectuada con ocasión de un transporte alternativo: TJ, Sala, Sala Octava, S 12 Mar. 2020. Asunto C-832/18: Finnair”, *La Ley Unión Europea*, n° 80, 2020.
- J.M. MARTÍN OSANTE, “Cohesión territorial y transporte aéreo en España”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 527-545.
- J. MORAIS CARVALHO, “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 930-940.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El valor jurídico del INCOTERM ‘EXW’, a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 645-656.
- J. RAPP, “Die gerichtliche Zuständigkeit für Rückforderungsklagen des Versicherers unter der EuGVVO”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 476-480.

- F. RIELÄNDER, “Subjektive Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen im Internationalen Versicherungsprozessrecht”, *EuZW*, 31, 15, 2020, pp. 664-670.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Crowdfunding y Derecho Internacional Privado”, en M. CUENA CASAS (DIR.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 669-695.
- L.S. ROSSI, “Habilitación del representante de una empresa de seguros distintos del seguro de vida en territorio nacional para recibir un escrito de interposición en materia de indemnización por un accidente de tráfico: TJ, Sala Octava, S 27 Feb. 2020. Asunto C-25/19: *Corporis*”, *La Ley Unión Europea*, nº 80, 2020.
- L.S. ROSSI, “Cláusula, establecida en un contrato celebrado entre un fabricante de productos sanitarios y una entidad aseguradora, que limita el ámbito territorial de la cobertura del seguro de responsabilidad civil. TJ, Gran Sala, S 11 Jun. 2020. Asunto C-581/18: TÜV Rheinland LGA Products y Allianz IARD”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- L.S. ROSSI, “Derecho del tomador del seguro a elegir libremente un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial. TJ, Sala Tercera, S 14 May. 2020. Asunto C-667/18: Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- C. RÜSING, *Grenzüberschreitende Versicherungsvermittlung im Binnenmarkt: internationale Aufsichts- und Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Reclamaciones transfronterizas en materia contractual contra terceros ajenos al contrato y viajes combinados: la sentencia del TJUE 26 de marzo 2020, *Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S* (C-215/18): please mind the gap between the passenger and the air company!”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 724-739.
- P.F. SCHLOSSER, “Zuständigkeit für Drittberechtigte aus einem Versicherungsvertrag”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 519-520.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La nueva regulación europea del crowdfunding: El reglamento (UE) 2020/1503, de 7 de octubre de 2020, sobre los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.

Contratos internacionales de consumo

- V. ANDREEVA ANDREEVA, “El pasajero no consumidor en el contrato internacional de transporte aéreo: Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020, asunto C-606/19: *Flightright GmbH vs. Iberia L. A. E., S. A. Operadora Unipersonal*”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- E. BENVENUTI, “La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione”, *RDIPP*, 2020, LVI, 3, pp. 583-628.
- A. BERTHE/A. RIGOLET, “Arrêt ‘Bondora’: injonction de payer européenne et protection du consommateur”, *Journal de droit européen*, 28, 267, 2020, pp. 105-109.
- 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 (CJUE Ire ch., 3 oct. 2019, aff. C-272/18, D. 2020. 378, note J. Chacornac; RTD com. 2020. 211, obs. A. Marmisse-d’Abbadie d’Arrast)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 349-359.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 160-185.
- A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *CDT*, 12, 1, Marzo 2020, pp. 86-96.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 619-695.
- M. CAMPO COMBA, “EU private international law and the application of EU consumer law: towards a EU PIL method”, *NIPR*, 38, 3, 2020, pp. 374-390.

- E. CASTELLANOS RUIZ, “Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros –Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal–”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 51, 2020.
- M.J. CATALÁN CHAMORRO, “El derecho a la libre prestación de servicios o libre circulación de capitales en la Unión Europea vs. la protección del consumidor nacional croata a la luz del asunto C-630/17 Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg Egen”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 531-542.
- J. CHACORNAC, “La double autonomie de la notion de consommateur dans le règlement Bruxelles I bis en matière financière (Civ. Ire, 26 juin 2019, nº 18-15. 101 et nº 18-15.102, 2 arrêts, non publiés au Bulletin; CJUE 3 oct. 2019, aff. C-208/18, Dalloz actualité, 22 oct. 2019, obs. F. Mélin; D. 2019. 1943; ibid. 2020. 624, obs. H. Aubry)”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 300-316.
- M. COMBET, “Une protection asymétrique des droits des passagers aériens dans l’espace judiciaire européen: CJUE, 26 mars 2020, Première Air Scandinavia, aff. C-215/18”, *Revue des affaires européennes*, 25, 1, 2020, pp. 251-259.
- M. DANGL, “Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen: ein Ultra-vires-Akt?”, *EuZW*, 31, 18, 2020, pp. 798-803.
- M. DIETRICH, *Die situative Anwendung von Art. 17 Brüssel Ia-VO und Art. 6 Rom I-VO: eine Untersuchung des kollisions- und zuständigkeitrechtlichen Verbraucherschutzes unter Berücksichtigung US-amerikanischer Grundsätze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- 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: Verein für Konsumenteninformation y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- K. DUDEN, “Amazon Dash Buttons und Verbandsklagen im e-Commerce: fliegender Gerichtsstand und eigenständige Vorfragenanknüpfung”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 414-419.
- P.M. DUPONT/G. POISSONNIER, “Vol par correspondance(s) annulé: la CJUE s’efforce de simplifier le chemin de croix procédural du passager sollicitant une indemnisation”, *Gazette du Palais*, 140, 2020, jurisprudence, nº 19, pp. 25-28.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La sentencia Bondora o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA, “El control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo en el régimen del proceso monitorio europeo: un comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto ‘Bondora’”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 247-267.
- R.M. GARCÍA PÉREZ, “Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 875-907.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1290-1323.
- E. GAYÁN RODRÍGUEZ, “La protección de los consumidores frente a fabricantes, importadores y usuarios intermedios en el REACH”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 367-382.
- M. GIACALONE/S.S. SALEHI, “The European Small Claims Procedure: implementation and enforcement revisited in Italy and Belgium”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2020, pp. 181-190.
- S. HUBER, “Das weite Verständnis des Verbrauchergerichtsstands im Europäischen Zuständigkeitssystem”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 408-414.
- C. KOHLER, “Zum Verbot des Geoblocking im europäischen Binnenmarkt: Angriff auf die Vertragsfreiheit und Schwächung des Verbraucherschutzes?”, *ZEuP*, 28, 2, 2020, pp. 253-263.

- C. LIMA MARQUES/T. CARDOSO SQUEFF, “Global governance and co-operation on tourist-consumer matters: arguments in favour of a legal instrument to protect international tourists at the HCCH”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 373-389.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Honorarios de abogado, reclamaciones y ejecución de sentencia. Una revisión del principio de confianza mutua entre los estados UE”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1072-1078.
- T. LUTZI, *Private international law online: internet regulation and civil liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- D. MARTINY, “Private international law aspects of geo-blocking and portability”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 351-361.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación de consumo y Derecho internacional privado: desarrollos recientes”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 207-221.
- E. MINERVINI, “La tutela collettiva dei consumatori e la L. 12 aprile 2019, n. 31”, en *Le nuove leggi civili commentate*, XLIII, 2, 2020, pp. 346-359.
- S. MOCK, “EuGH, Grenzüberschreitende Treuhandbeteiligungsverträge: Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2019”, *ZEuP*, 28, 3, 2020, pp. 672-690.
- L. PAILLER, “La réécriture consumériste de l’office du juge saisi d’une injonction de payer européenne (CJUE 19 déc. 2019, aff. jtes C-453/18 et C-494/18, D. 2020. 23 ; Rev. prat. rec. 2020. 17, chron. A. Raynouard ; Europe 2020. Comm. 87, obs. L. Idot)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 324-333.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en defensa del interés general de los consumidores: Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, asunto C- 73/19: Movic BV y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- A. PILETTA MASSARO, “The Italian class action reform: a redesigned tool beyond consumer law”, *European Review of Private Law*, 28, 4, 2020, pp. 841-864.
- V. RICHARD, “L’office du juge certifiant une décision rendue en droit de la consommation (CJUE, 1re ch., 4 sept. 2019, aff. C-347/18, JCP E 2019, nº37, act. 586; D. 2019. 1656 ; Procédures nº11, nov. 2019, comm. 285, obs. C. Nourissat; Europe, nº11, nov. 2019, comm. 471, obs. L. Idot)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 149-157.
- F. RIELÄNDER, “Internationale und örtliche Zuständigkeit bei Geltendmachung von Ansprüchen nach der Fluggastrechte-VO und dem MÜ in kumulativer Klagehäufung”, *EuZW*, 31, 2, 2020, pp. 59-63.
- F. RIELÄNDER, “Amtswegige Klauselkontrolle im Europäischen Mahnverfahren: zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19.12.2019, C-453/18, C-494/18, Bondora”, *GPR*, 17, 2, 2020, pp. 55-65.
- F. RIELÄNDER, “Treuhandverträge über Geschäftsanteile: Stärkung des Verbraucherkollisionsrechts und Präzisierung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rom I-VO”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 224-232.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Reclamaciones transfronterizas en materia contractual contra terceros ajenos al contrato y viajes combinados: la sentencia del TJUE 26 de marzo 2020, Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S (C-215/18): please mind the gap between the passenger and the air company!”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 724-739.
- M. SAFJAN, “Una web sobre las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios, debe hacer constar la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa de litigios.TJ, Sala Sexta, 25 Jun. 2020. Asunto C-380/19: Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- C. SANTALÓ GORIS, “Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers’ substantive rights”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1187-1198.
- H. SCHLÄFKE/T.B. LÜHMANN, “Die Europäische Verbandsklage: Grundzüge der politischen Einigung auf einen Richtlinienentwurf und Ausblick”, *Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, núms. 5-6, 2020, pp. 164-174.

- A. STADLER, “Grenzüberschreitende Wirkung von Vergleichen und Urteilen im Musterfeststellungsverfahren”, *NJW*, 73, 5, 2020, pp. 265-270.
- C. TOADER, “Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago de las cláusulas contractuales que se invocan para acreditar la deuda de que se trate: TJ, Sala Primera; S 19 Dic. 2019. Asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18: Bondora”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- C. TOADER, “Acción de cesación de prácticas comerciales desleales ejercitada por una autoridad pública para la protección de los intereses de los consumidores. TJ, Sala Primera, S 16 Jul. 2020. Asunto C 73/19: Movic y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- V. WIESE, “Der kollisionsrechtliche Rahmen für die grenzüberschreitende Verbraucherstreitbeilegung”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 633-644.
- F.M. WILKE, “Die Treuhandkonstruktion von Publikumsgesellschaften und die Rom I-VO: Zugleich Besprechung zu: EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – C-272/18, VKI ./ TVP”, *GPR*, 17, 3, 2020, pp. 116-121.
- J. WOLBER, “Die Verbrauchergerichtsstände der EuGVVO bei Umzug nach Vertragsschluss”, *EuZW*, 31, 21, 2020, pp. 929-933.

Contrato internacional de trabajo

- Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Crónica de jurisprudencial laboral internacional 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 871-902.
- F. BERNAL SANTAMARÍA, “Big data: gestión de recursos humanos y el derecho de información de los representantes de los trabajadores”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 136-159.
- G. VAN CALSTER, “Of giggers and digital nomads - what role for the HCCH in developing a regulatory regime for highly mobile international employees”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (Eds.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 464-478.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 697-756.
- P. CORLAY, “Le contrôle de l’application de la clause d’exception par la Cour de cassation (Soc. 9 mai 2019, nº 17-27.565, inédit)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 159-164.
- W. FAHRENBRUCH, *Zur Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes beim grenzüberschreitenden Gütertransport*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Cesiones temporales sucesivas por medio de empresas de trabajo temporal y supuestos de movilidad transfronteriza”, *La Ley Unión Europea*, nº 87, 2020.
- F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas. Comentario a la STJUE de 19 marzo 2000 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1020-1029.
- I. JARUKAITIS, “Declaraciones públicas que excluyen la contratación de personas homosexuales: TJ, Gran Sala, 23 Abr. 2020. Asunto: C-507/18: Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI”, *La Ley Unión Europea*, nº 81, 2020.
- N. JINIASHVILI, “Jurisdiction of courts and applicable law in aircrew employment disputes: special reference to Ryanair employment disputes”, *Air and Space Law*, 45, nº 4/5, 2020, pp. 479-494.
- I. MARÍN ALONSO, “El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1079-1098.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “El principio de igualdad en el complemento de maternidad en las pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social. (El complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social concedido por España a las

- madres beneficiarias de una pensión que tengan dos o más hijos, debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en virtud de la jurisprudencia del TJUE”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “¿‘Construyendo’ la Europa de los derechos laborales?: A propósito del TJUE y de los ‘riders’”, *La Ley Unión Europea*, nº 82, 2020.
- M. POESEN, “Concurrent liabilities and jurisdiction over individual contracts of employment under the Brussels Ia Regulation”, *Journal of Private International Law*, 16, 2, 2020, pp. 320-333.
- S. RAMMELOO, “CJEU C-603/17 (Bosworth & Hurley V. Arcadia & Others): the status of company officers (or employees?) in cross-border civil proceedings & jurisdiction of courts under the 2007 ‘Lugano II’ convention”, *European Company Law*, 17, 2, 2020, pp. 53-63.
- E. REGAN, “El empleador de los conductores de vehículos de transporte internacional por carretera que trabajan por cuenta ajena es la empresa de transporte que ejerce el poder de dirección efectivo sobre dichos conductores.TJ, Gran Sala, S 16 Jul. 2020. Asunto C-610/18: AFMB y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 84, 2020.
- T. RIHM (HRSG.), *Internationales Arbeitsrecht der Schweiz*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2020.
- M. SAFJAN, “El complemento de pensión concedido por España a las madres beneficiarias de una pensión de invalidez que tengan dos o más hijos debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica: TJ, Sala Primera, S 12 Dic. 2019. Asunto C-450/18: Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complément de pension pour les mères)”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- M.C. VAQUERO LÓPEZ, “El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 776-783.

Derechos reales

- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El mercado internacional del arte con y sin Brexit”, *AEDIPR*, nº 19-20, 2019-2020, pp. 99-117.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Puntos fuertes y débiles del Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 247-279.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Poderes autorizados por notarios extranjeros y compra-venta de inmuebles situados en España”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 8-65.
- 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*, 12, 2, 2020, pp. 254-266.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Geopolítica triangular y Derecho internacional privado. La Ley Helms Burton y la litigación internacional”, en *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit: XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 81-100.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 757-878.
- A. CHECHI, “The Case of the Crimean Art Treasure and the Question of the Application of the UNESCO Convention of 1970”, *RDI*, 103, 2, 2020, pp. 469-485.
- G. CLIQUENNOIS, *European Human Rights Justice and Privatisation: The Growing Influence of Foreign Private Funds*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- C.R. FERNÁNDEZ LIESA, “El desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional de protección del patrimonio cultural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 141-246.

- F. FRANCONI/A.F. VRDOLJAK (EDS.), *The Oxford handbook of international cultural heritage law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- V. FUENTES CAMACHO, “El patrimonio cultural mueble y el Derecho internacional privado”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 329-351.
- M. GERNERT, “Auswirkungen des Helms-Burton Act und der EU-Blocking-Verordnung auf europäische Verfahren”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 170-177.
- E. JAYME, *Kunstrecht, Urheberrecht, Kunstgeschichte: Vorträge, Aufsätze, Rezensionen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- E. JAYME, “Spannungen zwischen Eigentum und Restitutionsforderungen bei der Eintragung von Kulturgütern in die Lost Art-Datenbank der Stiftung Deutsches Zentrum Kulturgutverluste: Auswirkungen auf das Internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 544-547.
- S. KEMPSTER/M. McMILLAN/A. MEEK (ED.), *International trust disputes*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2020.
- G. MERKEL, *Die Qualifikation des englischen Trusts im deutschen internationalen Privatrecht: ein Beitrag zur Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung des express, resulting und constructive trust*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- P. MOSIMANN/M.-A. RENOLD/A.F.G. RASCHÈR (HRSG.), *Kultur, Kunst, Recht: schweizerisches und internationales Recht*, 2ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- M. MÜLLER-CHEN/M.-A. RENOLD, “Kulturgütertransfer und Internationales Privatrecht”, en P. MOSIMANN/M.-A. RENOLD/A.F.G. RASCHÈR (HRSG.), *Kultur, Kunst, Recht: schweizerisches und internationales Recht*, 2ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, pp. 417-426.
- E. PIOVESANI, “Good faith acquisition of ownership in a car under German law (according to the Italian judge): note to Tribunale di Ivrea, 20 april 2019, n° 416”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1128-1136.
- S.-M. RAACH, *Herausgabeklagen in internationale Kulturgutleihgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El nuevo protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad del Cabo”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 660-705.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El Protocolo de Luxemburgo del Convenio de Ciudad del Cabo: financiación para uso y adquisición de material rodante ferroviario”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 291-330.
- B.J. SCRABACK, “Die Wohnungseigentümergeinschaft zwischen Brüssel Ia- und Rom I-VO: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 8.5.2019, C-25/18, Kerr ./ Postnov”, *GPR*, 17, 1, 2020, pp. 13-17.
- J.-H. SEIFER, *Ausländische Mobiliarkreditsicherungsrechte im inländischen Rechtsverkehr: eine kollisionsrechtliche, rechtsvergleichende und unionsrechtliche Untersuchung am Beispiel schwedischer Kreditsicherungsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- B. UBERTAZZI, “Protección transfronteriza del patrimonio cultural inmaterial mediante indicaciones geográficas y marcas colectivas de la UE”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 519-534.
- W. VOSS, “Rechtshilfe auf US-amerikanische Art – discovery ausländischer Beweismittel von ausländischen Antragsgegnern zur Verwendung in ausländischen Verfahren”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 260-266.
- M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER (HRSG.), *Handel, Provenienz, Restitution: Tagungsband des Zwölften Heidelberger Kunstrechtstags am 20. und 24. Oktober 2018*, Baden-Baden, Nomos, 2020, Wien, facultas, Zürich, St. Gallen, Dike, 2020.
- M. WELLER/N.B. KEMLE/T. DREIER/K. KUPRECHT (HRSG.), *Raubkunst und Restitution - zwischen Kolonialzeit und Washington Principles: Tagungsband des Dreizehnten Heidelberger Kunstrechtstags am 18. und 19. Oktober 2019*, Baden-Baden, Nomos, Zürich, St. Gallen, Dike, Wien, facultas, 2020.
- C. WENDEHORST, “Digitalgüter im Internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 490-499.

Propiedad intelectual e industrial

- I. ANTÓN JUÁREZ, “Infracción de un derecho de marca en plataformas de ecommerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 52-75.
- F. CARBAJO CASCÓN, “Objetos industriales, derecho de autor y libre competencia. Consideraciones a partir de las SSTJUE de 12 de septiembre de 2019 (‘Cofemel’) y 11 de junio de 2020 (‘Brompton’)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 913-942.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Propiedad intelectual e industrial”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 879-929.
- M. DREGELIES, *Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen: eine Studie mit Schwerpunkt im deutschen und europäischen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- G. DUTFIELD/UMA SUTHERSANEN/G. DIMITA/M.D. MIMLER, *Dutfield and Suthersanen on global intellectual property law*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “El ‘otro’ caso Messi: Lionel logra un hat-trick en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- B.M.W. VAN HOUTERT-REBERO, *Jurisdiction in cross-border copyright infringement cases: rethinking the approach of the Court of Justice of the European Union*, Maastricht, ProefschriftMaken, 2020.
- I. JARUKAITIS, “Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios: registro de la denominación ‘Aceto Balsamico di Modena (IGP)’: TJ, Sala Quinta, S 4 Dic. 2019. Asunto C-432/18: Consorzio Tutela Aceto Balsamico di Modena”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- A. KORNEZOV, “Un signo que alude a la marihuana no puede ser registrado como marca de la Unión por ser contrario al orden público: TG, Sala Séptima, S 12 Dic. 2019. Asunto T-683/18: Santa Conte/EUIPO”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Vulneración de marcas de la Unión Europea en Internet y Derecho internacional privado”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1061-1071.
- L. LUNDSTEDT, “AMS Neve and others (C-172/18): looking for a greater ‘degree of consistency’ between the special jurisdiction rule for EU trade marks and national trade marks”, *GRUR Int.*, 69, 4, 2020, pp. 355-364.
- T. LUTZI, *Private international law online: internet regulation and civil liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- M. DEL M. MAROÑO GARGALLO, “El concepto de inventor en el derecho de patentes y los sistemas de inteligencia artificial”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 510-526.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of laws and the internet*, Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 349-371.
- P. MOSIMANN/M.-A. RENOLD/A.F.G. RASCHÈR (HRSG.), *Kultur, Kunst, Recht: schweizerisches und internationale Recht*, 2ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- B.M.W. REBERO-VAN HOUTERT, *Jurisdiction in cross-border copyright infringement cases: rethinking the approach of the Court of Justice of the European Union: dissertation*, Maastricht, 2020.
- F. RIELÄNDER, “Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im europäischen Kollisionsrecht: zur Qualifikation eines zwischen Internationalem Wettbewerbs- und Internationalem Immaterialgüterrecht oszillierenden Phänomens”, *ZVglRWiss*, 119, 3, 2020, pp. 339-368.
- E. REGAN, “Denegación parcial de registro de la marca figurativa de la Unión MESSI.TJ, Sala Décima, S 17 Sep. 2020. Asunto 449/18 P: EUIPO/Messi Cuccittini”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- G. SPINDLER, “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 962-1002.
- P. TORREMANS, “Circulation des données et droit international privé”, *Propriétés intellectuelles*, nº 76, 2020, pp. 33-40.

- B. UBERTAZZI/F. IRAVANI, “Choice of Court agreements in intellectual property: ILA guidelines in the EU and Iran”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2, 2020, pp. 144-166.
- C.C. WENDEHORST, “Digitalgüter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 490-499.

Obligaciones extracontractuales

- J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “La quiebra del derecho de limitación de responsabilidad en los Convenios OMI ¿Interpretación unificada de las reglas de la prueba o revisión del régimen de limitación?”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- O. ALDAG, “Due diligence and environmental damages under Rome II”, *European Review of Private Law*, 28, 6, 2020, pp. 1231-1248.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “Volkswagengate: competencia judicial internacional en caso de daños extracontractuales causados por productos defectuosos: Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio 2020, Asunto C- 343/19, Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- K. ARNREITHER, “Private enforcement im Wettbewerbsrecht: wer darf klagen?”, *ÖZK*, 13, 6, 2020, pp. 215-223.
- T. AZZI, “Compétence juridictionnelle en matière de cyber-délits: l’incontestable déclin du critère de l’accessibilité (à propos de plusieurs arrêts récents)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 695-710.
- M. BARBA, “La possibilité d’une clémence privée en droit de la concurrence: le décalque de la clémence publique dans le cadre du private enforcement”, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 91, 2020, pp. 25-37.
- H. BROKELMANN, “La sentencia Skanska del TJUE: el concepto de ‘empresa’ en las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 903-912.
- G.-P. CALLIESS/M. RENNER (EDS.), *Rome Regulations: Commentary*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 931-1187.
- C. CHALAS/H. MUIR WATT, “Le contentieux international pour atteinte à l’environnement: la responsabilité de Royal Dutch Shell au Nigéria (nouvel épisode) (High Court - Queen’s Bench Division - Royaume-Uni, 2 mars 2020 [2020] EWHC 459 (TCC)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 577-587.
- L. COLBERG, “Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 426-433.
- K.-H. DANZL/B. DAUNER-LIEB/A. WITTEW (HRSG.), *Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht: Festschrift für Christian Huber*, München, C.H. Beck, 2020.
- Y. DIEHL, *Die Dogmatik der “Berücksichtigung” im Internationalen Deliktsrecht: zu Art. 17 Rom II-VO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- M. DIETRICH/C. NOWAK, “Die Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen: ein Aufruf an den Gesetzgeber zum Handeln”, *NZKart*, 8, 1, 2020, pp. 15-20.
- R. DOHMS, “Die Bedeutung des EuGH-Urteils in der Rs. C-724/17-Skanska für die Passivlegitimation bei privaten Schadensersatzklagen wegen Verletzung der EU-Wettbewerbsregeln”, en *Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung: Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag*, 2020, pp. 593-615.
- R. DORDA, “Die internationale Zuständigkeit im Lichte des VW-Abgasskandals”, *ZfRV*, 61, 4, 2020, pp. 174-182.
- M. DREGELIES, *Territoriale Reichweite von Unterlassungsansprüchen: eine Studie mit Schwerpunkt im deutschen und europäischen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

- D. DRIXLER, *Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen nach der Richtlinie 2014/104/EU: im Spannungsverhältnis zwischen Kompensation, Prävention und Mehrfachinanspruchnahme*, Hamburg, Dr. Kovač, 2020.
- K. DUDEN, “Amazon Dash Buttons und Verbandsklagen im e-Commerce: fliegender Gerichtsstand und eigenständige Vorfragenanknüpfung”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 414-419.
- P.M. DUPONT/G. POISSONNIER, “Retard ou annulation de vol: quel juge saisir en cas d’une demande en réparation fondée sur le règlement (CE) no. 261/2004 et la convention de Montréal?: CJUE, 7 nov. 2019, no. C-213/18, Adriano Guaitoli et a. c/ EasyJet Airline Co. Ltd, M. J.-C. Bonichot, prés. de ch., M.H. Saugmandsgaard Øe, av. gén.”, *Gazette du Palais*, 140, 1, 2020, pp. 23-26.
- R. ERSOY, *Die culpa in contrahendo im europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2020.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Pluralidad de reclamaciones en accidentes de tráfico transfronterizos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 30 de septiembre de 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 987-994.
- M. VON FALKENHAUSEN, *Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht: unternehmerische Pflichten in internationalen Lieferketten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- É. FARNOUX, “Delendum est Forum Delicti?: towards the Jurisdictional Protection of the Alleged Victim in Cross-border Torts”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 259-283.
- M. FERRI, “Attività di certificazione delle navi svolte da società private su delega di Stati: tra immunità e tutela giurisdizionale delle vittime”, *RDI*, 103, 3, 2020, pp. 789-816.
- M. FILIPPELLI, “Presumption of harm in cartel damages cases”, *European Competition Law Review*, 41, 3, 2020, pp. 137-143.
- M. FINK, “Erfahrungssätze als Chance zur Synchronisierung von ‘public’ und ‘private enforcement’: zugleich Anmerkung zu EuGH in Sachen ‘Visa und Mastercard Ungarn’ und BGH in Sachen ‘Schienenkartell II’”, *NZKart*, 8, 7, 2020, pp. 370-374.
- B. FREUND, “Compensation for remote economic losses caused by infringements of art. 101 TFEU: Otis and Others v Land Oberösterreich and Others (C-435/18)”, *GRUR Int.*, 69, 5, 2020, pp. 496-501.
- J. FROHLOFF, “Das anwendbare Recht auf Kollisionen im Weltraum”, *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 593-614.
- A. FUCHS, “Zum Klägergerichtsstand bei Auslandsunfälle”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 109-120.
- N. GOÑI URRIZA, “La determinación de la competencia judicial internacional en las reclamaciones de indemnización y daños resultantes de la cancelación y retraso de vuelos: la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019, C-213/18, A. Guaitoli y otros c. Easyjet Airline Co. Ltd.”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1030-1035.
- A. GOTTING, *Private Kartellrechtsdurchsetzung durch Voluntary Redress Schemes*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- J. GOTTWALD, *Überwindung der Informationsasymmetrie : Stärkung des Private Enforcement durch die Umsetzung des Kapitels II der Richtlinie 2014/104/EU?*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- E. GUINCHARD (ED.), *Rome I and Rome II in practice*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- K. HAVU, “Competition infringement damages actions: ruling in Skanska (C-724/17) provides clarifications on who is liable”, *European Law Review*, 45, 4, 2020, pp. 526-539.
- C.A. HEINZE, “Der kartelldeliktische Schadensersatzanspruch nach der Richtlinie 2014/104/EU: Baustein oder Fremdkörper im europäischen Haftungsrecht?”, *ZEuP*, 28, 2, 2020, pp. 281-304.
- L. HORNSKOHLE, “The protection of confidential information during the disclosure of evidence according to the Damages Directive”, *European Competition Law Review*, 41, 2, 2020, pp. 107-111.
- L. IDOT, “Contentieux en réparation pour violation du droit de la concurrence: de nouvelles précisions sur le lieu de matérialisation du dommage (CJUE, 29 juil. 2019, aff. C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi*, D. 2019. 1656; *ibid.* 1956, obs. L. d’Avout, S. Bollée et E. Farnoux; RTD eur. 2019. 907, obs. L. Idot; Europe, 2019, comm. 406)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 129-138.

- G. JÄGER/J. MÖRLIN, “Die Kartellschadensersatzrichtlinie im Praxistest ‘Lkw-Kartell’”, *WuW*, 70, 12, 2020, pp. 643-650.
- I. JARUKAITIS, “Las personas que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de un cártel pueden solicitar la reparación de dicho perjuicio aunque no operen como proveedores o compradores en el mercado afectado por el cártel: TJ, Sala Quinta, S 12 Dic. 2019. Asunto C-435/18: Otis y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- M. KAUL, *Die Kapitalmarktinformationshaftung im Internationalen Privatrecht*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- C. KERSTING, “Private law liability of the undertaking pursuant to art. 101 TFEU: Consequences of Skanska (C-724/17)”, *Global Competition Litigation Review*, 13, 2, 2020, pp. 47-58.
- F. KESSENICH, *Berücksichtigung statutsfremder Sicherheits- und Verhaltensregeln: die Anwendung des Art. 17 Rom II-VO am Beispiel grenzüberschreitender Prospekthaftung*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- E.-M. KIENINGER, “Vedanta v Lungowe: Ein Meilenstein für Klagen gegen europäische Konzernmütter für Umweltschäden und Menschenrechtsverletzungen durch drittstaatliche Tochtergesellschaften”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 60-67.
- P. KIRST, “The temporal scope of the damages directive : a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe”, *European Competition Journal*, 16, 1, 2020, pp. 97-125.
- J. KOKOTT/W. ROSCH, “Eingriffsnormen und ordre public im Lichte der Rom I-VO, der Rom II-VO, der EuGWO und der EU-InsVO”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 265-274.
- M.J.R. KREMER/C. NOWAK, “Die Skanska-Entscheidung des EuGH: Haftung des Rechtsnachfolgers bei Kartellschadensersatz, aber keine Haftung der ‘wirtschaftlichen Einheit’”, *WuW*, 70, 7-8, 2020, pp. 358-363.
- L. KUSCHEL, “Zur inhaltlichen und räumlichen Reichweite von Anordnungen gegenüber Hosting-Providern”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 419-425.
- J. LANGENFELD/M. SANSOM/M. QUAYLE, “Prevention or cure?: damages in private antitrust claims in the US and the EU”, *Global Competition Litigation Review*, 13, 1, 2020, pp. 1-8.
- C. LOMBARDI, *Causation in competition law damages actions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- D. LOOSCHELDERS, “Internationale und örtliche Zuständigkeit für Klagen aus Prospekthaftung”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 257-260.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Vulneración de marcas de la Unión Europea en Internet y Derecho internacional privado”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1061-1071.
- T. LUTZI, *Private international law online: internet regulation and civil liability in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- G. MÄSCH, “Third Time Lucky? Der EuGH zum Gerichtsstand für Kartellschadensersatzklagen am Handlungs- und Erfolgsort”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 305-308.
- R. MAGNUS, “Unternehmenspersönlichkeitsrechte im digitalen Raum und internationales Privatrecht”, *RabelsZ*, 84, 1, 2020, pp. 1-23.
- L. MAISTRIAUX, “La compétence internationale en matière de responsabilité extracontractuelle du fait d’un prospectus et la localisation d’un ‘fait dommageable’ financier: note”, *Revue de droit commercial belge*, 126, 1, 2020, pp. 31-42.
- P. MANKOWSKI, “Private enforcement of EU competition law and the relevance of choice of Court agreements: note”, *Revue de droit commercial belge*, 126, 1, 2020, pp. 45-52.
- J. MARTÍNEZ CALVO, “El ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1324-1336.
- F. MAULTZSCH, “Internationale Zuständigkeit und Klagezustellung bei grenzüberschreitenden Kapitalanlagendelikten nach LugÜ 2007/EuGVVO”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 469-475.

- M. MENDEN, *Der Anwendungsbereich des deliktischen Gerichtsstands gemäß Art. 7 Nr. 2 EuGVVO: eine kritische Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich der Abgrenzung zum Vertragsgerichtsstand*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2020.
- N. MICHAIL, “Les cookies ne sont pas encore cuits, ou, Comment Facebook échappe à l’Autorité de protection des données: note”, *Revue de droit commercial belge*, 126, 1, 2020, pp. 91-102.
- A. MICHOU, “L’Europe: un havre de protection contre les abus des entreprises multinationales à l’étranger?: considérations de droit international privé”, *SZIER*, 30, 1, 2020, pp. 3-25.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of laws and the internet*, Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, Paris, LGDJ, 2020.
- A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Padova, Cedam, 2020.
- Á.M. MORENO MOLINA, “La historia interminable de las indemnizaciones por cambios regulatorios: el caso Stadtwerke München”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 606-632.
- M. NAVARRO MICHEL, “La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 941-961.
- C.F. NORDMEIER, “Der Missbrauch einer vom Ehegatten erteilten Kontovollmacht – Zur Bereichsausnahme der ehelichen Güterstände und zum Schadenseintrittsort nach EuGVVO sowie zur Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 216-222.
- J. NOWAG/L. TARKKILA, “How much effectiveness for the EU Damages Directive?: contractual clauses and antitrust damages actions”, *CMLR*, 57, 2, 2020, pp. 433-474.
- A. PILETTA MASSARO, “Giurisdizione e passing-on nel private antitrust enforcement: la decisione della CGUE”, *Giurisprudenza italiana*, 5, 2020, pp. 1130-1136.
- V. PIRONON, “Concurrence déloyale: la chambre commerciale confirme la force d’attraction de la loi du marché (Com. 15 janvier 2020, n° 17-22.295, D. 2020. 951, chr. S. Clavel; *ibid.*, obs. L. d’Avout; *Revue Lamy de la concurrence* 01/06/2020 p. 35 note K. Querneux et S. Beaumont)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 814-820.
- R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 5^a ed., London, Sweet et Maxwell, 2020.
- D. PORCHERON, “Les actions civiles transnationales en réparation des ‘crimes du passé’: Le droit international privé mis à l’épreuve”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 645-668.
- L. RADEMACHER, “*Quieta movere* – pero no en silencio por favor: el TJUE sobre la competencia internacional en las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust (Tibor-Trans, C 451/18)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 673-678.
- A. REIDLINGER/F. FROMMELT, “The CJEU’s judgement of 12 December 2019 in the case C-435/18 Otis v Land Oberösterreich: tipping the balance towards an autonomous EU tort law for infringements of art 101?”, *Global Competition Litigation Review*, 13, 1, 2020, pp. 35-44.
- A. REINISCH/S. HOBE/E.-M. KIENINGER/A. PETERS (HRSG.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.
- M. REQUEJO ISIDRO, “La privacidad y el Derecho internacional privado: La propuesta del Instituto de Derecho Internacional (La Haya)”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 471-488.
- F. RIELÄNDER, “Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im europäischen Kollisionsrecht: zur Qualifikation eines zwischen Internationalem Wettbewerbs- und Internationalem Immaterialgüterrecht oszillierenden Phänomens”, *ZVglRWiss*, 119, 3, 2020, pp. 339-368.
- F. RIELÄNDER, “Schadensersatz wegen Klage vor einem aufgrund Gerichtsstandsvereinbarung unzuständigen Gericht”, *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 548-592.
- F. RIZZUTO/M. LYNCH, “The procedural implications of the Otis ruling of the European Court of Justice of the European Union: clarification of the scope of ‘any individual’ who may bring a claim for damages in private enforcement proceedings”, *European Competition Law Review*, 41, 7, 2020, pp. 360-364.

- F. RIZZUTO/M. LYNCH, “The private enforcement of EU competition law: recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union”, *Global Competition Litigation Review*, 13, 1, 2020, pp. 1-8.
- H. ROTH, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 7 Nr. 2 EuGWO und die Bedeutung des Erfolgsorts für den Ersatz reiner Vermögensschäden”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 471-483.
- A.M. RUIZ MARTÍN, “Interacción y eficacia de los mecanismos de la autorregulación contra la competencia desleal en el comercio y el Derecho mercantil internacional”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 346-364.
- A. RUSTER/S. VON MASSOW, “In for a penny, in for a pound?: Legal professional privilege as a shield against disclosure in private antitrust litigation in Europe”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 11, 1-2, 2020, pp. 22-34.
- M. SAFJAN, “Determinación del lugar del hecho dañoso para determinar la competencia judicial en un supuesto de manipulación de los valores de emisión de gas en los motores de automóviles. TJ, Sala Primera, S 9 julio 2010.Asunto C-343/19: Verein für Konsumenteninformation”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- H. SCHLÄFKE/T.B. LÜHMANN, “Die Europäische Verbandsklage: Grundzüge der politischen Einigung auf einen Richtlinienentwurf und Ausblick”, *Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, núms. 5-6, 2020, pp. 164-174.
- G. SCHMIDT, *Ehrverletzungen in der elektronischen Presse: Eine kollisionsrechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung von EuGH und BGH zur Internationalen Zuständigkeit bei Internetdelikten*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- A. SCHRAMM, *Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- J. SCHULTE, *Schädigermehrheit im europäischen internationalen Deliktsrecht: Anknüpfung, Zurechnung, Regress*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- D. SINDRES, “L’appréhension par le droit international privé de l’action en responsabilité d’un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 711-741.
- F.A. SIPPEL, *Die Anerkennungsfähigkeit von US-amerikanischen punitive damages awards vor dem Hintergrund der Wirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Schadensrecht*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- K. SIRAKOVA, *Pauschalierter Kartellschadensersatz in Einkaufs- und Lieferbedingungen als Alternative zur Schadensschätzung*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- A. SPICKHOFF, “‘Kommunikationsdelikte’ und Tatortzuständigkeit”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 368-372.
- A. STADLER/C.S.C. KRÜGER, “Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal (zu EuGH, 9.7.2020 – Rs. C-343/19 – Verein für Konsumenteninformation / Volkswagen AG, unten S. 551, Nr. 40)”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 512-519.
- C.H. STAHL, *Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer: Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung kollisionsrechtlicher Fragen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2020.
- M. STRAND, “Competition damages betwixt and between past and future: Cogeco”, *CMLR*, 57, 2, 2020, pp. 569-589.
- B. SZUPERA, “Towards a harmonised collective redress mechanism for the private enforcement of EU competition law”, *ERA-Forum*, 21, 2, 2020, pp. 267-281.
- M. THILL-TAYARA/M. PROVOST, “Indemnisation des préjudices résultant de pratiques anticoncurrentielles: le ‘pass-on’ est-il un maillon faible?”, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 91, 2020, pp. 17-23.
- C. THOMALE, “Gerichtsstands- und Rechtswahl im Kapitalmarktdeliktsrecht”, *RabelsZ*, 84, 4, 2020, pp. 841-863.
- M. THON, “Transnationaler Datenschutz: das internationale Datenprivatrecht der DS-GVO”, *RabelsZ*, 84, 1, 2020, Heft 1, pp. 24-61.
- K. THORN/M. CREMER, “Von Pannen und Privilegien – Der Regress zwischen Kfz-Haftpflichtversicherern und die gestörte Gesamtschuld aus Sicht des Kollisionsrechts”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 177-185.

- T. VANSWEEVELT/B. WEYTS (EDS.), *Compensation funds in comparative perspective*, Cambridge, UK, Intersentia, 2020.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 808-837.
- F. WEBER, “Tackling pass-on in cartel cases: a comparative analysis of the interplay between damages law and economic insights”, *European Competition Journal*, 16, 2-3, 2020, pp. 570-594.
- M.-P. WELLER/J.-M. NASSE/L. NASSE, “Klimaklagen gegen Unternehmen im Licht des IPR”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 601-620.
- C.C. WENDEHORST, “Digitalgüter im internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 490-499.
- F. WOLLENSCHLÄGER/W. WURMNEST/T.M.J. MÖLLERS (EDS.), *Private enforcement of European competition and State aid law: Current Challenges and the Way Forward*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- W. WURMNEST, “Liability of ‘undertakings’ in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska”, *CMLR*, 57, 3, 2020, pp. 915-934.
- T. XIAOWEN, “Access to the Commission’s file in antitrust damages actions after promulgation of the Damage Directive in the EU”, *Global Competition Litigation Review*, 13, 2, 2020, pp. 75-86.

Insolvencia internacional

- L. BACCAGLINI, “L’escecuzione transfrontaliera delle decisioni nel regolamento (UE) 2015/848”, *RDIPP*, LVI, 1, 2020, pp. 55-77.
- A.J. BĚLOHLÁVEK, *EU and international insolvency proceedings: Regulation (EU) 2015/848 on insolvency proceedings: commentary*, dos vols., The Hague, Lex Lata, 2020.
- F. BITZER, *Systemfragen der Insolvenzanfechtung - ein deutsch-italienischer Rechtsvergleich vor dem Hintergrund des europäischen internationalen Insolvenzrechts*, München, C.H. Beck, 2020.
- R. BORK, *Corporate insolvency law: a comparative textbook*, Oxford, Intersentia, 2020.
- E. BRAUN/R. BAUCH, *Insolvenzordnung (InsO): InsO mit EuInsVO (2015): Kommentar*, 8ª ed., München, Beck, 2020.
- F. BROCKE, *Mitwirkungs- und Kooperationspflichten von Anteilshabern und Gläubigern von Kapitalgesellschaften in vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren: zugleich eine Analyse von Eingriffsrechten in Mitgliedschaftsrechte der Anteilshaber in der Krise der Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- F. ECKELT, *Der präventive Restrukturierungsrahmen: europäische Vorgaben und Umsetzungsspielräume für die EU-Mitgliedstaaten*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Las acciones en fraude de acreedores en la jurisprudencia del TJUE”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 279-294.
- É. FARNOUX, “Airs variés sur le thème de l’action du syndic devant les juridictions d’un autre État membre que celui d’ouverture de la procédure collective (CJUE, 21 nov. 2019, aff. C-198/18, *CeDe Group*, D. 2019. 2294 et 4 déc. 2019, aff. C-493/18, *UB c/ VA*)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 545-562.
- M. FINKELMEIER, “Die Sperrwirkung von Art. 16 EuInsVO bei Gesellschafterdarlehen: weil nicht sein kann, was nicht sein darf?”, *EuZW*, 31, 19, 2020, pp. 833-842.
- H. GROSSER, *Das internationale Nachlassinsolvenzverfahren*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- H. HIRTE/H. VALLENDER (HRSG.), *EuInsVO*, 15ª ed., München, Franz Vahlen, 2020.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Sobre la denegación de reconocimiento en España de una medida cautelar contenida en un laudo arbitral en materia concursal dictado en la federación rusa”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1044-1050.

- K. JÜRIMÄE, “Ley aplicable a la falta de pago de una deuda contractual antes de la declaración de concurso: TJ, Sala Cuarta, S 21 Nov. 2019. Asunto C-198/18: CeDe Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- K. JÜRIMÄE, “Competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro para decidir sobre acciones que se derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y que guardan estrecha relación con él: TJ, Sala Novena, S 4 Dic. 2019. Asunto C 493/18: Tiger y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- K. JÜRIMÄE, “Competencia judicial en un procedimiento de insolvencia cuando el único bien inmueble del deudor está situado fuera del Estado miembro en el que reside habitualmente. TJ, Sala Novena, S 16 Jul. 2020. Asunto C-253/19: Novo Banco”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- J. KOKOTT/W. ROSCH, “Eingriffsnormen und ordre public im Lichte der Rom I-VO, der Rom II-VO, der EuGVO und der EU-InsVO”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 265-274.
- M. KRAUS, *Das Schicksal internationaler Schiedsverfahren in der Insolvenz des Schiedsbeklagten*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- A. KRAWCZYK-GIEHSMANN, “Shareholders’ liability for running a company in light of the CJEU’s judgment in Kornhaas”, *EBOR*, 21, 2, 2020, pp. 475-504.
- V. LAZIĆ/S. STUIJ (EDS.), *Recasting the Insolvency Regulation: Improvements and Missed Opportunities*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2020.
- A. LEANDRO, “Il centro degli interessi principali del debitore tra regolamento (UE) 2015/848 e codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, *RDI*, 103, 2, 2020, pp. 363-388.
- S. MADAUS/B. WESSELS, “Business rescue in insolvency law: a challenge for private law?”, *ZEuP*, 28, 4, 2020, pp. 800-832.
- M.D. MARTÍNEZ MELÓN, “La suspensión de los efectos del convenio arbitral internacional en el marco de la insolvencia transfronteriza. Una realidad y un conflicto cada vez más frecuente”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 576-605.
- A. MERCHÁN MURILLO, “La mera presencia de un único inmueble en otro Estado miembro no determina por sí misma el ‘centro de los intereses principales’ en caso de insolvencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, asunto C-253/19: Novo Banco”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- H.J. MIGUENS, “Consideraciones actuales y propuestas de reforma de *lege lata* y de *lege ferenda* para el derecho internacional privado de la insolvencia en Argentina y en el MERCOSUR”, *Dikaion*, 29, 1, 2020, pp. 92-164.
- C.J. MOREIRO GONZÁLEZ, “In search of the golden bank fleece: does the US deregulation wave break the european financial regulation dam?”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 10-29.
- F.M. MUCCIARELLI, “Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale”, *Le nuove leggi civili commentate*, XLIII, 3, 2020, pp. 698-739.
- C. ORT, *Annexverfahren zwischen EuInsVO und EuGVVO: eine Betrachtung aus deutscher Sicht*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- J.D. ORTEGA RUEDA, “Competencia judicial internacional para conocer de una acción revocatoria transfronteriza en sede concursal según el Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2019, asunto C-493/18: UB y VA, Tiger SCI, WZ y Banque patrimoine et immobilier, SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- L. PAILLER, “Action annexe et traitement autonome de la litispendance dans le règlement insolvabilité (CJUE, 18 sept. 2019, aff. C-47/18, D. 2019. 2277, note J.-L. Vallens)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 139-149.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Efectos del concurso y la ley aplicable al crédito principal y a la compensación del contracrédito: Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2019, asunto C-198/18: CeDe Group AB y KAN sp. Z o.o.”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- C.G. PAULUS, “Corona-Krise, Solidarität und Insolvenz”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 53, 4, 2020, pp. 108-111.

- C.G. PAULUS/J.C. METTLACH PINTER, “A diferenciação no Direito Falimentar e o Direito de Reestruturação para proteção do credor”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, nº 22, 2020, pp. 263-274.
- R. RODRIGUEZ/P. GUBLER, “Recognition of a UK Solvent Scheme of Arrangement in Switzerland and under the Lugano Conventions”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 372-378.
- A. SCHMIDT (HRSG.), *EuInsVO: Europäische Insolvenzverordnung mit Restschuldbefreiung und Nachlassinsolvenz in der EU: Kommentar*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2020.
- K. SCHUMANN, *Virtuelle Sekundärinsolvenzverfahren im europäischen Insolvenzrecht: Schattendasein oder ein wichtiger Schritt in Richtung europäischer Sanierungskultur?*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- J.-H. SEIFER, *Ausländische Mobiliarkreditsicherungsrechte im inländischen Rechtsverkehr: eine kollisionsrechtliche, rechtsvergleichende und unionsrechtliche Untersuchung am Beispiel schwedischer Kreditsicherungsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- H. VALLENDER (HRSG.), *EuInsVO: Kommentar zur Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren*, 2ª ed., Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH & Co. KG, 2020.
- M. WAIBEL (ED.), *The legal implications of global financial crises: Les implications juridiques des crises financières de caractère mondial*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2020.
- J. XU, *Maritime cross-border insolvency under the UNCITRAL model law regime: Commonwealth and US perspectives*, Oxford, Hart, 2020.
- D. ZHANG, *Insolvency law and multinational groups: theories, solutions and recommendations for business failure*, London, New York, Routledge, 2020.

Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

- P. ANZENBERGER, “The cross-border enforcement of court settlement within Brussels Ia regulation: from a European and an Austrian perspective”, *LeXonomica*, 12, 2, 2020, pp. 149-162.
- C. ARNOLD, *Das Exequaturverfahren im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 aus schweizerischer Sicht*, Genève, Zurich, 2020.
- D. BAGHRIZABEHI, “Understanding cross-border enforcement against the backdrop of judicial federalism and procedural autonomy: any useful cues from the United States?”, en *Cross-border enforcement in Europe*, 2020, pp. 9-36.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1189-1285 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- G. CHIAPPONI, “Can harmonized time limits in European civil procedure enhance the effectiveness of the enforcement of EU Law?”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 543-549.
- G. CHIAPPONI, “Time limits and default judgments in European cross-border civil litigation: minimum standards?”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 971-978.
- G. CUNIBERTI, “Signalling the Enforceability of the Forum’s Judgments Abroad”, *RDIPP*, LVI, 1, pp. 33-54.
- K. DRNOVŠEK, “Economic implications of the abolition of exequatur under Brussels I Recast”, en *Cross-border enforcement in Europe*, 2020, pp. 37-55.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, “Does EU law ensure an adequate protection of debtors in cross-border enforcement?”, *RDIPP*, LVI, 2, 2020, pp. 255-289.
- A. GIUSSANI, “Grounds for refusal of recognition of foreign judgments: developments and perspectives in EU member states regarding public order and conflicting decisions”, en *Cross-border enforcement in Europe*, 2020, pp. 57-71.
- J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Principio de no discriminación y derecho a la tutela judicial efectiva. La noción de ‘tribunal’ a los efectos del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento (CE) 804/2004. Consecuencias respecto del expediente notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2020, C-267/19 y C-323/19: Parking e Interplastics”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.

- P.F. HARDUNG, *Die europäische Titelfreizügigkeit: ein Beitrag zur Konsolidierung und Kohärenzförderung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- J.G. HORRACH ARMO, “El procedimiento de admisión a trámite del recurso contra la declaración de ejecutividad en el marco del Reglamento 44/2001 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019, C-433/18, Aktiva Finants)”, *La Ley Unión Europea*, nº 80, 2020.
- V.M. JAKOWSKI, *Das Anerkennungsregime des europäischen Zivilprozessrechts für mitgliedstaatliche Entscheidungen: eine Analyse der Verordnungen EuGVVO, EuVTVO, EuMahnVO und EuGFVO unter dem Blickwinkel des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- C.S.C. KRÜGER, *Europäischer Rechtskraftbegriff: Überlegungen zu Existenz, Reichweite und Erforderlichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- H. VAN LOON, “Towards a global Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters”, *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 4-18.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Honorarios de abogado, reclamaciones y ejecución de sentencia. Una revisión del principio de confianza mutua entre los estados UE”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1072-1078.
- M.J. LUNAS DÍAZ, “Aproximación comparada a los Reglamentos de reclamación internacional de deuda: problemas de interacción”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (Dir.), *Ejecución de las decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea: experiencia española y adopción de decisiones informadas*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 269-296.
- P. MANKOWSKI, “Die Sicherungshypothek aufgrund eines Titels aus dem EuGVVO-Ausland: das System der direkten Vollstreckung in der Detailbewahrung”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 541-544.
- A.R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Bern, Stämpfli Verlag, 2020.
- P.G. MAYR, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Wien, Facultas, 2020.
- B. NICOD, “L’injonction de payer européenne devant la Cour de cassation (Civ. 2e, 27 juin 2019, nº 18-14.198, D. 2019. 1398; RTD civ. 2019. 925, obs. P. Théry; V. Richard, Injonction de payer - Première décision de la Cour de cassation sur le règlement nº 1896/2006 instituant une injonction de payer européenne, JCP G 2019, 759; Droit et patrimoine, 1er février 2020, obs. G. Maugain et S. Grayot-Dirx)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 538-544.
- L. PENASA, “Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera”, *Rivista di diritto processuale*, LXXV, 2, 2020, pp. 843-853.
- L. PERREAU-SAUSSINE/O. BOSKOVIC, “Première application de l’exigence d’épuisement des voies de recours comme condition de déclenchement de l’ordre public international européen: la Cour de cassation privilégie la discrétion (Civ. 1re, 30 janvier 2019, nº 17-31.786)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 763-771.
- B. RENTSCH, “Die grenzüberschreitende Vollziehung einstweiliger Maßnahmen: Im Zweifel für die lex fori”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 337-342.
- V. RIJAVEC/K. DRNOVŠEK/C.H. VAN RHEE (EDS.), *Cross-border enforcement in Europe: national and international perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Litispendencia y motivos de denegación del reconocimiento: La Sentencia del TJUE en el asunto C-386/17, Liberato”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 690-699.
- H. ROTH, “Zur Beweiskraft der Bescheinigungen nach Art. 54 EuGVVO 2001 und nach Art. 53 EuGVVO 2015”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 21-24.
- M. SAFJAN/D. DÜSTERHAUS, “De l’encadrement de l’ordre public procédural des Etats membres à l’ordre procédural autonome de l’Union”, en *The 50th Anniversary of the European Law of Civil Procedure*, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart Publishing, Luxembourg, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, 2020, pp. 59-70.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Resolución de un tribunal nacional por la que se otorga la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado miembro: TJ, Sala Primera, S 12 Dic. 2019. Asunto C-433/18: Aktiva Finants”, *La Ley Unión Europea*, nº 80, 2020.
- C. TOADER, “Expedición del certificado que acredite que una resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada dictada por el órgano jurisdiccional de origen tiene fuerza ejecutiva: TJ, Sala Sexta, S, 6 Jun. 2019. Asunto C-361/18: Weil”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.

- C. TOADER, “Notarios que actúan en el marco de procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un documento auténtico.TJ, Sala Sexta, S 7 May. 2020. Asuntos acumulados C-267/19 y C-323/19: Parking.”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- M. WILDERSPIN/L. VYSOKA, “The 2019 Hague Judgments Convention through European Lenses”, *NIPR*, 38, 1, 2020, pp. 34-49.

Arbitraje

- L.E. ARAGONÉS MOLINA, “La reconsideración ante el CIADI: un mecanismo procesal para fomentar la corrección del laudo”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 76-111.
- C. BALTAG/A. STANIČ, *The future of investment treaty arbitration in the EU: intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- I. BANTEKAS, *UNCITRAL model law on international commercial arbitration: a commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- M.-C.R.D. BAREUTHER, *Transparenz in der internationalen Sportschiedsgerichtsbarkeit: zur Öffentlichkeit von Verfahren und Entscheidungen des Court of Arbitration for Sport*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- L. VON BARGEN, *Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte: Analyse anhand der rechtlichen Bewertung von moral damages im Investitionsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- E.R. BARTLETT CASTELLÁ, “Intra EU investor-state arbitration: the Achmea judgement: another interpretation is possible”, *International Trade Law & Regulation*, 26, 3, 2020, pp. 3-157.
- R. BASEDOW, “The Achmea judgment and the applicability of the energy charter treaty in intra-EU investment arbitration”, *Journal of International Economic Law*, 23, 1, 2020, pp. 271-292.
- A.J. BĚLOHLÁVEK, “Determining the law governing obligations in arbitration and the applicability of the Rome I Regulation”, *NIPR*, 38, 4, 2020, pp. 634-651.
- G. BERMAN, “Rescuing the Federal Arbitration Act: The New Restatement on International Arbitration”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 15-30.
- L. BERTHIAU-JÉZÉQUEL, “Droit de l’Union européenne et arbitrage d’investissement: suite et fin?”, *Revue des affaires européennes*, 25, 2, 2020, pp. 431-439.
- F. BLANDFORT, *Investitionsschutz im Mehrebenensystem: eine rechtsvergleichende Untersuchung des Investitionsschutzes im Energiesektor durch den Energy Charter Treaty, das Grundgesetz, die EMRK und das Unionsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- B. BOKNIK, *Das Verhältnis von EuGH und Investitionsschiedsgerichten auf der Grundlage von intra-EU BIT: eine Analyse anhand des Falls Achmea*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Wien, Facultas Verlag, Zürich, St. Gallen, Dike Verlag, 2020.
- A. BONOMI/D. BOCHATAY, “Litispendance et procédures parallèles dans l’arbitrage à l’aune de l’expérience suisse”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 575-587.
- L. BOSMAN (ED.), *International handbook on commercial arbitration: national reports and basic legal texts*, Alphen aan den Rijn, ICCA & Kluwer Law International, 2020.
- S. BREDER, *Die Verzahnung der Brüssel Ia-VO mit der Schiedsgerichtsbarkeit bei Parallelverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria and Private International Arbitration”, *CDT*, 12, 1, Marzo 2020, pp. 66-85.
- T.E. CARBONNEAU/W.E. BUTLER/H.A. BLAIR, *International litigation and arbitration: cases and materials*, 3ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2020.
- L.F. CASTRESANA SÁNCHEZ, “El principio de igualdad en arbitrajes de inversión: la reconvencción de los Estados demandados”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 611-629.

- L. CHEN/A. JANSSEN (EDS.), *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Cham, Springer International Publishing, 2020.
- T. COLE/P. ORTOLANI, *Understanding international arbitration*, London, New York, NY, Routledge Taylor & Francis Group, 2020.
- A. CRIVELLARO/M.N. HODGSON (EDS.), *Explaining why you lost: reasoning in arbitration*, Paris, International Chamber of Commerce (ICC), 2020.
- L. D'AVOUT, "Embargo international et déni de justice arbitrale (Civ. 1re, 15 janvier 2020, n° 18-18.088)", *RCDIP*, 2020, 3, pp. 526-538.
- A. D'ORNANO, "Sur l'accord de résiliation des traités bilatéraux d'investissement entre des États membres de l'Union européenne", *RCDIP*, 2020, 4, pp. 865-869.
- P. DUMBERRY, *A guide to general principles of law in international investment arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- A. EL FAR, *Abus of rights in international arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- K. FACH GÓMEZ/A. GOURGOURINIS/C. TITI (EDS.), *International Investment Law and Competition Law*, Cham, Springer, 2020.
- D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Flaws and Uncertain Effectiveness of an Anti-Arbitration Injunction à l'Argentine", *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 576-580.
- E. FERNÁNDEZ MASÍÁ/M. SALVADORI, "Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado", *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 203-218.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Determinación de las reglas rectoras del procedimiento arbitral ante un proceso de armonización inacabado", en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 269-305.
- F. FERRARI ET AL., *International investment arbitration in a nutshell*, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2020.
- F. FERRARI/F. ROSENFELD/D. CZERNICH (EDS.), *Due process as a limit to discretion in international commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- F. FERRARI/A.D. SIMOWITZ (EDS.), *Forum shopping and international commercial law*, 3 vols., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- A. FLOROU, *Contractual renegotiations and international investment arbitration: a relational contract theory interpretation of investment treaties*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2020.
- E. GAILLARD, "El consentimiento: la esencia de una jurisdicción ordinaria", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 729-748.
- J. GLEIM, *Letztwillige Schiedsverfügungen: Geltungsgrund und Geltungsgrenzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- B. GUANDALINI, *Economic analysis of the arbitrators function*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, "Sobre la denegación de reconocimiento en España de una medida cautelar contenida en un laudo arbitral en materia concursal dictado en la federación rusa", *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1044-1050.
- I. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, "Aplicación del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 767-784.
- J.M. JACQUET, "Des contrats d'État aux contrats d'investissement: continuité et discontinuités", *JDI Clunet*, 2020, pp. 1-40.
- J.M. JULIÀ, "Viabilidad de un sistema de arbitraje comercial obligatorio en España", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 785-801.
- A. KISTLER/M. DAPHINOFF, "Der Schiedsgerichtsbarkeitsausschluss der EuGVVO und des Lugano Übereinkommens", *SZIER*, 30, 4, 2020, pp. 477-519.

- M. KRAUS, *Das Schicksal internationaler Schiedsverfahren in der Insolvenz des Schiedsbeklagten*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- A. LEANDRO, “Convenzioni per arbitrato estero e regolamento preventivo di giurisdizione proposto da soggetto domiciliato in Italia”, *RDI*, 103, 1, 2020, pp. 189-194.
- Y. LI/T. QI/C. BIAN (EDS.), *China, the EU and international investment law: reforming investor-state dispute settlement*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- E. LINARES RODRÍGUEZ, “España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 803-821.
- E. LITINA, *Theory, law and practice of maritime arbitration: the case of international contracts for the carriage of Goods by sea*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- M. MAGNARELLI, *Privity of contract in international investment arbitration: original sin or useful tool?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- C. MARIAN, *The state’s power to tax in the investment arbitration of energy disputes: outer limits and the energy charter treaty*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- F. MARISI, *Environmental interests in investment arbitration: challenges and directions*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- L. MAROTTI, “Aspetti problematici dell’accordo sull’estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell’Unione europea”, *RDIPP*, LVI, 4, pp. 843-877.
- M.D. MARTÍNEZ MELÓN, “La suspensión de los efectos del convenio arbitral internacional en el marco de la insolvencia transfronteriza. Una realidad y un conflicto cada vez más frecuente”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 576-605.
- P.J. MARTÍNEZ-FRAGA, “La inmunidad absoluta del árbitro: una equivocación con orígenes históricos”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 546-575.
- P.J. MARTÍNEZ-FRAGA, “Inmunidad arbitral en el arbitraje internacional: apuntes hacia un nuevo paradigma”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 823-837.
- M. MEDINA ORTEGA, “La normativa de la Unión Europea en materia de arbitraje”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 839-854.
- C. OJIEGBE, *International commercial arbitration in the European Union: Brussels I, Brexit and beyond*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2020.
- M. PENADÉS FONTS, “The effectiveness of EU law and private arbitration”, *CMLR*, 57, 4, 2020, pp. 1069-1106.
- Z. PRODROMOU, *The public order exception in international trade, investment, human rights and commercial disputes*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- F.G. PROL, “La validez del convenio arbitral: algunas reflexiones”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 875-894.
- X. QIAN, *Water services disputes in international arbitration: reconsidering the nexus of investment protection, environment, and human rights*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2020.
- J. RAGNVALDH, *A guide to the SCC arbitration rules*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- M. REQUEJO ISIDRO, “25 años de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: estado de la cuestión”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 91-139.
- P.-R. RETZBACH, *Mittelbare Drittwirkungen und subjektive Reichweite der Schiedsvereinbarung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- A. REUTER, “Taking investors’ rights seriously: the Achmea and CETA rulings of the European Court of Justice do not bar intra-EU investment arbitration”, *ZaöRV*, 80, 2, 2020, pp. 379-427.

- M. RUBINO-SAMMARTANO, “New York v. The Hague: Recognition and enforcement of foreign judgments and awards”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 895-900.
- N. RUBINS/T.-N. PAPANASTASIOU/N.S. KINSELLA, *International investment, political risk, and dispute resolution: a practitioner’s guide*, 2ª ed., Oxford, New York, NY, Oxford University Press, 2020.
- A. SÁNCHEZ FRÍAS, “El ‘Tribunal Supremo’ de Facebook: ¿un nuevo paso hacia la Justicia sin Estado?”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1386-1405.
- S. SÁNCHEZ LORENZO (DIR.), *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2020.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “La ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 519-534.
- M.V. SÁNCHEZ POS, “La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 365-385.
- T. SHARMIN, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals: Implications for the Developing Countries*, Singapore, Springer, 2020.
- M. SCHERER/N. BASSIRI/M.S. ABDEL WAHAB (EDS.), *International arbitration and the COVID-19 revolution*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.
- P.F. SCHLOSSER, “Rechtswahlvereinbarung für den Hauptvertrag auch gültig für die Schiedsvereinbarung?”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 222-224.
- T. SCHULTZ/F. ORTINO (EDS.), *The Oxford handbook of international arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- G. SCHUMANN BARRAGÁN, “El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1446-1469.
- S.M. SCHWEBEL/L. SOBOTA/R.YAN MANTON, *International arbitration: three salient problems*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- M.M. SINGH, *Die finanzielle Auslagerung und Absicherung von Risiken im Handelsschiedsverfahren*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2020.
- G. STAMPA, “Discovery arbitral de documentos almacenados digitalmente”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 937-952.
- S.I. STRONG, *Legal reasoning across commercial disputes: comparing judicial and arbitral analyses*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- N. TERAMURA, *Ex aequo et bono as a response to the “over-judicialisation” of international commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- C. TIETJE/A. LANG, “The (non-)applicability of the monetary gold principle in ICSID arbitration concerning matters of EU law”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 1607-1620.
- S. TORRES BERNÁRDEZ, “A propósito de la aplicación del Derecho internacional por los tribunales CIADI en controversias entre Estados y nacionales de otros Estados relativas a inversiones”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 953-968.
- R. TRITTMANN/N. TSOLAKIDIS, “Looking into the crystal ball: the future of commercial arbitration and European Union law”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 1621-1635.
- S. TUNG/F. FORTESI/C. BALTAG (EDS.), *Finances in international arbitration: liber amicorum Patricia Shaughnessy*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- G. ÜNÜVAR/J. LAM/S. DOTHAN (EDS.), *Permanent Investment Courts: The European Experiment*, Cham, Springer, 2020.

- V. WÄCHTER, *Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- P. WILINSKI, *Excess of powers in international commercial arbitration: compliance with the Arbitral Tribunal's mandate in a comparative perspective*, The Hague, Eleven International Publishing, 2020.

Derecho de familia internacional

- H. AL RACHED, “Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 841-858.
- S. BARIATTI, “Multiple Nationalities and EU Family Regulations”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 151-162.
- M. BROSCHE, “Der materiell-rechtliche ordre public im internationalen Familien- und Erbrecht: nationale Perspektiven abseits der Europäisierung im IPR (zu KG, 26.2.2019, 1 W 561-564/17, unten S. 44, Nr. 5, und OGH, 29.1.2019, 2 Ob 170/18s, unten S. 47, Nr. 6)”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 24-30.
- A. DUTTA, “Das internationale Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: die vergangenen fünf Jahre”, *ZEuP*, 28, 4, 2020, pp. 897-943.
- E. GIUNCHI, “EUFam’s Cases and Issues of Islamic Law”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 31-46.
- F. HEITMANN, *Flucht und Migration im internationalen Familienrecht: was kann und muss das IPR im Spannungsfeld zwischen Integration und kultureller Identität leisten?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- M. KHALFAOUI/J. JONES (EDS.), *Islamic family law in Europe and Islamic world: current situation and challenges*, Berlin, Carl Grossmann Verlag, 2020.
- C. KOHLER, “Unification of Private International Law in Family Matters in the European Union: Cultural Issue”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 3-22.
- R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé: réflexion en matière personnelle et familiale*, Paris, Dalloz, 2020.
- S. MARINO, “Concentrazione delle azioni e accessorietà nella determinazione della giurisdizione nei regolamenti dell’Unione Europea relativi al diritto di famiglia”, *RDI*, 103, 1, 2020, pp. 179-189.
- A. NIETO CRUZ, “Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 286-318.
- P. PIRRONE, “La convenzione sui diritti del fanciullo nell’ordinamento italiano a trent’anni dalla sua adozione”, *RDI*, 103, 2, 2020, pp. 389-414.
- L. RASS-MASSON, “The Foundations of European Private International Family Law”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 521-536.
- A. SAHNER, *Materialisierung der Rechtswahl im Internationalen Familienrecht: zur Bedeutung des Schwächerenschutzes im Europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- I. TEKDOĞAN BAĞÇIVANCI, “Recent Turkish Cases on Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgements: An Analysis within the Context of the ECHR”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 273-279.
- M. TIILIKAINEN/M. AL-SHARMANI/S. MUSTASAARI (EDS.), *Wellbeing of transnational Muslim families: marriage, law and gender*, London, New York, Routledge, 2020.
- I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020.
- P. WAUTELET, “The HCCH and its Conventions relating to marriages”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 173-182.

Persona física

- E. ALOFS/W. SCHRAMA (EDS.), *Elderly care and upwards solidarity: historical, sociological and legal perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación”, *AEDIPR*, n° 19-20, 2019-2020, pp. 245-275.
- C. BIDAUD, “La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français: Cesser de déformer et enfin réformer...”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 247-265.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1223-1340.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Principio de eficiencia y estatuto personal”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 179-194.
- P. FRANZINA, “La disciplina internazionalprivatistica italiana della protezione degli adulti alla luce di una recente pronuncia”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 219-230.
- R. FRIMSTON, “The 2000 Adult Protection Convention - sleeping beauty or too complex to implement?”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 226-235.
- M.E. GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 908-929.
- K. KARJALAINEN, “Fragility of Cross-Border Adult Protection - The Difficult Interplay of Private International Law with Substantive Law”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 439-466.
- P.A. KOBSIK, *Antizipierte Erklärungen in Gesundheitsangelegenheiten im grenzüberschreitenden Verkehr: eine rechtsvergleichende Analyse der materiell-rechtlichen Regelungen sowie des einschlägigen Kollisionsrechts in Deutschland, Italien, Schottland, England und Wales*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- E. LENGART, “Les entrelacs du passé, du présent et du futur en matière d'*exequatur* (Civ. 1re, 15 janvier 2020, 2 arrêts, n° 18-25.254 et n° 18-24.261, JCP G 2020, 118, Obs. M. Farge; D. 2020. 699, note J. Guillaumé; ibid. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2020. 179, obs. P. Salvage-Gerest; Droit & Patrimoine, n° 302, mai 2020, 24, note I. Ta)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 562-577.
- J. VAN LOON, “*Requiem* or Transformation? Perspectives for the CIEC/ICCS and its Work”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 73-94.
- A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Una visión crítica de la resolución del IDI sobre internet y la vulneración de la privacidad desde el punto de vista del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *REDI*, 72, 1, 2020, pp. 213-221.
- P. MANKOWSKI, “Nun sag, wie hast Du's mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland 'unrechtmäßig' erlangte Namen als Prüfstein”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 323-329.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad ¿hacia la armonización internacional? (A propósito de la resolución del 'Institut de droit international' de 2019)”, *REDI*, 72, 1, 2020, pp. 205-212.
- H. MUIR WATT, “La portée territoriale du droit au déréférencement: un exercice de proportionnalité dans l'espace (CJUE, gr. ch., 24 sept. 2019, aff. C-507/17, AJDA 2019. 1839; ibid. 2291, chron. P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian; D. 2020. 515, note T. Douville; ibid. 2019. 2022, note J.-L. Sauron; ibid. 2266, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; ibid. 2020. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; Dalloz IP/IT 2019. 631, obs. N. Martial-Braz; Légipresse 2019. 515)”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 334-348.
- A. MÚÑOZ FERNÁNDEZ, “Notas sobre el informe del Instituto de Derecho Europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internacionales”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1099-1105.

Matrimonio y parejas de hecho

- R.C. AKHTAR/P. NASH/R. PROBERT (EDS.), *Cohabitation and religious marriage: status, similarities and solutions*, Bristol, Bristol University Press, 2020.
- J.M. BALKIN (ED.), *What “Obergefell v. Hodges” should have said: the nation’s top legal experts rewrite America’s same-sex marriage decision*, New Haven, London, Yale University Press, 2020.
- U. BELAVUSAU/D. KOCHENOV, “Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? Coman”, *CMLR*, 57, 1, 2020, pp. 227-242.
- H. BLASWEILER, *Das Verbot von Kinderehen und dessen Auswirkungen auf das Familien- und Erbrecht*, Berlin, Peter Lang, 2020.
- C. CAMPIGLIO, “Il matrimonio in età precoce nel diritto internazionale privato”, *RDIPP*, LVI, 4, 2020, pp. 767-795.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 25-163.
- B. DEOGRATIAS, *Trapped in a religious marriage: a human rights perspective on the phenomenon of marital captivity*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, “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”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 995-1000.
- C. GAGO SIMARRO, “Las parejas de hecho de complacencia”, *Revista de Derecho Civil*, 7, 4, julio-septiembre 2020, pp. 217-263.
- E. GALLANT-BUSNEL, “Consécration de la catégorie ‘partenariats de fait’ au sein de la matière civile et commerciale (CJUE 6 juin 2019, aff. C-361/18, D. 2019. 1232; ibid. 2020. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; Dr. fam. 2019. 54, obs. A. Devers; Europe août 2019. Comm. 360, obs. L. Idot; JDE janv. 2020. p. 30, chron. A. Nuyts)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 285-295.
- M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Sweden: Non-recognition of child marriages concluded abroad”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 267-273.
- P. KINSCH, “European courts and the obligation (partially) to recognise foreign same-sex marriages: on Orlandi and Coman”, *Yearbook of Private International Law*, XX, 2018-2019 (2020), pp. 47-59.
- D.V. KOCHENOV, “After the celebration: marriage equality in EU law post-Coman in eight questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27, 5, 2020, pp. 549-572.
- D. LOOSCHELDERS, “Gleichgeschlechtliche Ehen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, pp. 317-328.
- MAX-PLANCK-INSTITUT, “Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht”, *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 705-785.
- E. RALSER, “La réception en droit français d’un mariage par procuration contracté par une femme étrangère (Civ. 1re, 18 mars 2020, n° 19-11.573, Bull. civ., n° 215; Dalloz actualité, 5 mai 2020, obs. F. Mélin; D. 2020. 822; AJ fam. 2020. 428, obs. A. Boiché; JCP N 2020-26, comm. 1134, n. H. Péroz; Dr. Fam. 2020, n° 7-8, comm. 114, n. M. Farge; RJPF 2020-5, p. 36, obs. T. Garé)”, *RC-DIP*, 2020, 4, pp. 821-839.
- C. RUIZ SUTIL, “A propósito del matrimonio consular en España de la contrayente hispano-marroquí y la resolución (41ª) de la DGRN de 4 diciembre de 2018”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1155-1164.
- F.K. SCHULTE-RUDZIO, *Minderjährigenehen in Deutschland: eine Analyse der Rechtslage unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verfassungs-, Europa- und Völkerrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- P. SINGER, “Concubinage mariage ne vaut!”, *JurisNews: fonction publique européenne*, 9, 2, 2020, pp. 137-142.

- I. TEKDOĞAN BAĞÇIVANCI, “Recent Turkish Cases on Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgements: An Analysis within the Context of the ECHR”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 273-279.
- W. THURM, *Der Ehebegriff im europäischen Kollisions- und Zivilverfahrensrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2020.

Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- S. CALME, “Les nouveaux règlements européens sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Petites affiches*, 409, 117, 2020, pp. 17-22.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho internacional privado español. Valores, métodos y técnicas”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 186-225.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Algunas cuestiones de Derecho transitorio”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 456-472.
- E. GALLANT-BUSNEL, “Consécration de la catégorie ‘partenariats de fait’ au sein de la matière civile et commerciale (CJUE 6 juin 2019, aff. C-361/18, D. 2019. 1232; *ibid.* 2020. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seske; *Dr. fam.* 2019. 54, obs. A. Devers; Europe août 2019. Comm. 360, obs. L. Idot; *JDE janv.* 2020. p. 30, chron. A. Nuyts)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 285-295.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos y Derecho interregional español”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 443-463.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, “La publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 399-415.
- A. JUNKER, “Die Rück- und Weiterverweisung (Renvoi) nach dem Inkrafttreten der Europäischen Güter- und Erbrechtsverordnungen”, en *National, international, transnational: harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2020, pp. 229-240.
- S. LANDINI (ED.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020.
- J. LAUNHARDT, *Die Europäisierung der internationalen Zuständigkeit im Ehegüterrecht und im Güterrecht eingetragener Partnerschaften*, Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2020.
- A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 259-285.
- H. MOTA, *Casamento e património nas relações privadas internacionais*, Coimbra, Almedina, 2020.
- M. REVILLARD, *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Paris, Defrénois, 2020.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Reglamento 2016/1103, a propósito del comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 mayo 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 679-689.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Ley aplicable al régimen económico matrimonial, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 septiembre 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1137-1145.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 165-260.
- I. VIARENGO/P. FRANZINA (EDS.), *The EU regulations on the property regimes of international couples: a commentary*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.

Crisis matrimoniales

- G.-P. CALLIESS/M. RENNER (EDS.), *Rome Regulations: Commentary*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 261-462.
- S. CORNELOUP (ED.), *The Rome III Regulation: a commentary on the law applicable to divorce and legal separation*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2020.
- S. CORNELOUP, Les limites de la *favor divortii* européenne (CJUE, 1re ch., 16 juillet 2020, aff. C-249/19, JE c/ KF, Dalloz actualité, 9 sept. 2020, obs. F. Mélin; D. 2020. 1521; AJ fam. 2020. 595, obs. A. Boiché)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 853-863.
- B. DEOGRIAS, *Trapped in a religious marriage: a human rights perspective on the phenomenon of marital captivity*, Cambridge, Intersentia, 2020.
- A. FONT I SEGURA, “Cuando el divorcio es cosa de dos: Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, OF y PG”, *La Ley Unión Europea*, nº 77, 2020.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347-363.
- U.P. GRUBER/L. MÖLLER, “Die Neufassung der EuEheVO: Brussels IIbis Recast”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 393-405.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Litispendencia internacional extracomunitaria: una alegación ignorada (SAP Barcelona de 30 de mayo de 2019)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 610-618.
- P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad forum shopping y recurso de revisión: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1051-1060.
- R. LEGENDRE, “L’échec de la concentration du contentieux familial dans l’espace judiciaire européen (CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18, Procédures 2019, comm. 287, C. Nourrisat; Europe 2019, comm. 472, L. Idot; Dr. fam. 2020, comm. 36, M. Farge; AJ. Fam. 2020. 63, obs. A. Boiché; Dalloz actualité, 11 octobre 2019, obs. F. Mélin; RJPF 2019/12, obs. S. Godechot-Patris. (CJUE, ord., 3 octobre 2019, aff. C-759/18, Procédures 2019, comm. 319, C. Nourrisat; AJ. Fam. 2020. 128, obs. A. Boiché; Dr. fam. 2019, comm. 260, A. Devers)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 503-525.
- M.A. LUPOI, “Il regolamento (UE) n. 111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXXIV, 2, 2020, pp. 575-610.
- B. MUSSEVA, “The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity”, *ERA-Forum*, 21, 1, 2020, pp. 129-142.
- 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”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 657-672.
- I. PRETELLI, “Provisional measures in family law and the Brussels IIter regulation”, *Yearbook of Private International Law*, XX, 2018-2019 (2020), pp. 113-148.
- J. SAMTLEBEN, “El divorcio de extranjeros en la República Dominicana”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 489-497.
- R. SILVA DE LAPUERTA, “Ámbito de la ley aplicable al divorcio cuando la ley extranjera aplicable lo contemple en condiciones consideradas más restrictivas que las previstas por la ley del foro. TJ, Sala Primera, S 16 Jul. 2020. Asunto C-249/19: JE (Loi applicable au divorce)”, *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 784-794.

- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Exequatur de sentencia marroquí - divorcio y alimentos: citación legal, firmeza y ejecución provisional (Audiencia Provincial Girona – Auto de 08/10/2019)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1199-1206.

Filiación natural

- M.M. ALBORNOZ, “Parentage and international surrogacy - common solutions for a contentious issue?”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 361-372.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 101-121.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109.
- M.C. BARUFFI, “Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altri corti”, *RDIPP*, LVI, 2, 2020, pp. 290-324.
- S. BOLLÉE/B. HAFTTEL, “L’art d’être inconstant: Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui”, *RCDIP*, 2020, 2, pp. 267-283.
- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 159-174.
- D. BUREAU, “L’admission du renvoi au sujet d’une action en contestation de paternité relevant de l’article 311-14 du code civil (Civ. 1re, 4 mars 2020, n° 18-26.661, D. 2020. 536; ibid. 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ fam. 2020. 255, obs. J. Houssier; JCP 2020, n° du 6 juillet, à paraître, note E. Fongaro)”, *RCDIP*, pp. 369-375.
- M.J. CABEZUDO BAJO, “Efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución compensada en la filiación establecida por sentencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 96, n° 781, 2020, pp. 2773-2814.
- A. CANNONE, “Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie same-sex norme di applicazione necessaria?”, *RDI*, 103, 2, 2020, pp. 563-568.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 463-563.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido”, *AEDIPR*, n° 19-20, 2019-2020, pp. 327-361.
- T. HELMS, “Ausländische Leihmutterschaft und Grenzen der aus Art. 8 EMRK ableitbaren Anerkennungspflicht”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 379-380.
- L. HERNÁNDEZ LLINÁS, “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas”, *Revista de Derecho Político*, n° 107, 2020, pp. 181-210.
- S. HÖSEL, *Grenzüberschreitende Leihmutterschaft als Herausforderung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: ein Vergleich des deutschen, österreichischen und niederländischen Kollisions- und Verfahrensrechts*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020.
- F. JAULT-SESEKE, “Effet collectif de la naturalisation au bénéfice d’enfants nés à la suite d’une gestation pour autrui (CE, 31 juill. 2019, n° 411984, Lebon avec les conclusions; AJDA 2019. 1672; ibid. 2246, concl. G. Odinet; D. 2020. 298, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; AJ fam. 2019. 433, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2019. 835, obs. A.-M. Leroyer)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 83-92.

- G. KESSLER, “Le droit international privé à l’épreuve du renouveau de la filiation”, *JDI ChUNET*, 2020, pp. 91-120.
- C. RUIZ SUTIL, “Control por la DGRN de la certificación de nacimiento extranjera y la aplicación imperativa de la presunción de la paternidad del marido de la madre”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 758-783.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “La determinación de la filiación en situaciones transnacionales: cuestiones prácticas”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1177-1186.
- S. VILAR GONZÁLEZ, “Exequatur de sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1207-1211.

Adopción internacional

- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho internacional privado*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 565-667.
- S.M. DAVEY, *A failure of proportion: non-consensual adoption in England and Wales*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- S.R. GARIMELLA/S. CHOUDHARY, “The 1993 Intercountry Adoption Convention: from ‘gift child’ to safer adoptions”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 198-213.
- M. GUZMÁN PECES, “La constitución de adopciones de menores extranjeros por parte de adoptantes españoles: un punto de inflexión”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 365-384.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “La adopción consular: supuestos contemplados en la Ley 54/2007 sobre adopción internacional”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 385-399.
- 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*, 12, 2, 2020, pp. 1036-1043.
- P. LAGARDE, “Reconnaissance d’une adoption allemande obtenue sans le consentement du père biologique et rétroactivement convertie en adoption avec rupture des liens (Civ. 1re, 6 nov. 2019, n° 18-17.111, Bull. civ. I; D. 2020. 130, note J. Guillaumé; JDI, 2020. 937, note S. Bollée)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 487-494.
- A. MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 635-644.
- G. MÜLLER-ENGELS/R. SIEGHÖRTNER/N. EMMERLING DE OLIVEIRA, *Adoptionsrecht in der Praxis: einschließlichs Auslandsbezug*, 4ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “De nuevo a vueltas con la adopción simple extranjera: comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2018 (30ª)”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1165-1176.

Protección de menores

- L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “De la tutela en origen a la guarda de hecho en destino: reconocimiento de la institución desconocida. A propósito del Auto n° 209/2020 (procedimiento de exequátur) del Juzgado de Primera Instancia n° 6 de San Sebastián”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 859-870.
- I. BACH/H. TIPPNER, “Das Ordnungsgeld nach § 89 FamFG: Grenzgänger zwischen zwei Welten”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 547-551.

- A. BALTHASAR-WACH, *Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen am Beispiel von Kindesentführungs-fällen innerhalb der Europäischen Union*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2020.
- A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1243-1289.
- D. BRYANT, “The 1980 Child Abduction Convention - the status quo and future challenges”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 183-197.
- E. D’ALESSANDRO (ED.), “Law train” *self-learning handbook on Brussels I recast and Brussels II bis regulations*, Torino, G. Giappichelli editore, 2020.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 669-866.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores: algunas cuestiones controvertidas”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 185-205.
- 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*, 12, 1, 2020, pp. 97-117.
- D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 267-282.
- C. CHALAS, “Renvoi à une juridiction mieux placée selon l’article 15 du règlement Bruxelles II bis: les risques de la comparaison (CJUE, 8e ch., ord., 10 juillet 2019, aff. C-530/18, EP c/ FO, JurisData n° 2019-014717, Rev. fam. 2019, comm.259, A. Devers; Europe 2019, comm. 407, L. Idot)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 120-129.
- S. CORNELOUP/T. KRUGER, “Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du ter(rain)”, *RCDIP*, 2, 2020, pp. 215-245.
- D. DANIELI, “Parental Responsibility”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 61-70.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 383-398.
- U.P. GRUBER/L. MÖLLER, “Die Neufassung der EuEheVO: Brussels IIbis Recast”, *IPRax*, 40, 5, 2020, pp. 393-405.
- B. HEIDERHOFF, “Art. 15 EuEheVO, das Kindeswohl und die EuEheVO 2019”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 521-524.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 401-410.
- C. HONORATI, “Il ritorno del minore sottratto e il rischio grave di pregiudizio ai sensi dell’art. 13 par. 1 lett. b della convenzione dell’Aja del 1980”, *RDIPP*, LVI, 4, pp. 796-842.
- M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 96, 782, 2020, pp. 3807-3822.
- S. KRALJIĆ, “Brussels II bis and abolition of exequatur: experiences and visions”, en *Cross-border enforcement in Europe*, 2020, pp. 81-103.
- R. LEGENDRE, “L’échec de la concentration du contentieux familial dans l’espace judiciaire européen (CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18, Procédures 2019, comm. 287, C. Nourrissat; Europe 2019, comm. 472, L. Idot; Dr. fam. 2020, comm. 36, M. Farge; AJ. Fam. 2020. 63, obs. A. Boi-

- ché; Dalloz actualité, 11 octobre 2019, obs. F. Mélin; RJPf 2019/12, obs. S. Godechot-Patris. (CJUE, ord., 3 octobre 2019, aff. C-759/18, Procédures 2019, comm. 319, C. Nourrisat; AJ. Fam. 2020. 128, obs. A. Boiché; Dr. fam. 2019, comm. 260, A. Devers)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 503-525.
- M.A. LUPOI, “Il regolamento (UE) n. 111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXXIV, 2, 2020, pp. 575-610.
- J. MARTÍNEZ CALVO/M.J. SÁNCHEZ CANO, “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 728-762.
- A. MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 635-644.
- B. MUSSEVA, “The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity”, *ERA-Forum*, 21, 1, 2020, pp. 129-142.
- Y. NISHITANI, “Child protection in private international law - a HCCH success story?”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 259-276.
- P. PEITEADO MARISCAL, “Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1358-1385.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “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*, 12, 2, 2020, pp. 1119-1127.
- M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 706-723.
- H. ROTH, “Die internationale Vollstreckungszuständigkeit im Umgangsrecht zwischen Art. 8 ff. EuEheVO und §§ 88 ff., 99 FamFG”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 128-131.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “La aplicación de la Directiva 2004/38/CE en supuestos de Kafala (كفالة) internacional”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 713-727.
- E. THOMAS, “La procédure de retour de l’enfant à l’aune du règlement Bruxelles 2 ter”, *JDI Clunet*, 147, 3, 2020, pp. 897-922.
- I. PRETELLI, “Provisional measures in family law and the Brussels II ter regulation”, *Yearbook of Private International Law*, XX, 2018-2019 (2020), pp. 113-148.
- I. TEKDOĞAN BAĞÇIVANCI, “Recent Turkish Cases on Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgements: An Analysis within the Context of the ECHR”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 273-279.
- M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 795-817.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 784-794.

Alimentos

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional en el proceso de ejecución de sentencia extranjera sobre obligación alimenticia: Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2020, asunto C-41/19: FX (Oposición a la ejecución de un crédito de alimentos)”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Acción de regreso alimenticio y competencia judicial internacional: un nuevo paso en la progresiva delimitación del art. 3 del Reglamento 4/2009, de alimentos: (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 septiembre 2020, as. C- 540/19)”, *La Ley Unión Europea*, nº 87, 2020.
- N. DE ARAUJO, “The HCCH and maintenance obligations”, en T. JOHN/R. GULATI/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar companion to the Hague Conference on Private International Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 236-248.

- P.R. BEAUMONT, “Interaction of the Brussels IIA and Maintenance Regulations with (Possible) Litigation in Non-EU States: Including Brexit Implications”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 331-346.
- A. BORRÁS, “La reclamación internacional de alimentos: de La Haya a Bruselas”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 129-144.
- L. CARBALLO PIÑEIRO, “Relationship between the 2007 Hague Maintenance Protocol and the Prior Hague Maintenance Convention”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 385-398.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tra-tado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 867-931.
- C.G. FERNLUND SAFJAN, “Competencia para conocer de la demanda relativa a la obligación de alimentos ¿Órgano jurisdiccional del lugar en el que el demandado tiene su residencia habitual y ante el que comparece?: TJ, Sala Tercera, S 5 septiembre 2019. Asunto C-468/18: R. y P.”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- H. GRUBISIC, “The Cooperation of Central Authorities under the Maintenance Regulation”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 415-428.
- P. HIRSCH, *Ehegatten- und Kindesunterhalt im deutschen und polnischen Recht: Eine rechtsvergleichende Analyse*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020.
- R. LEGENDRE, “L’ échec de la concentration du contentieux familial dans l’ espace judiciaire européen (CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18, Procédures 2019, comm. 287, C. Nourrissat; Europe 2019, comm. 472, L. Idot; Dr. fam. 2020, comm. 36, M. Farge; AJ. Fam. 2020. 63, obs. A. Boiché; Dalloz actualité, 11 octobre 2019, obs. F. Mélin; RJPf 2019/12, obs. S. Godechot-Patris. (CJUE, ord., 3 octobre 2019, aff. C-759/18, Procédures 2019, comm. 319, C. Nourrissat; AJ. Fam. 2020. 128, obs. A. Boiché; Dr. fam. 2019, comm. 260, A. Devers)”, *RCDIP*, 2020, 3, pp. 503-525.
- D. MARTINY, “Auskunft und Auskunftsanspruch beim deutsch-österreichischen Elternunterhaltsregress”, *IPRax*, 40, 2, 2020, pp. 166-170.
- F. RIELÄNDER, “Zur Statthaftigkeit des Vollstreckungsabwehrantrags bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung von Unterhaltstiteln nach der EUUntVO: Roma locuta, causa (non) finita!”, *JZ*, 75, 15-16, 2020, pp. 785-793.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “Competencia judicial internacional en materia de alimentos debidos a menores. Alternatividad y accesoriedad en el Reglamento 4/2009: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de septiembre de 2019, Asunto C-468/18: R / P.”, *La Ley Unión Europea*, nº 78, 2020.
- L.S. ROSSI, “Competencia judicial en relación con un título, declarado ejecutivo, por el que se reconoce la existencia de un crédito de alimentos. TJ, Sala Tercera, S 4 Jun. 2020. Asunto C-41/19: FX y GZ”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- L.S. ROSSI, “Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución de un título por el que se reconoce la existencia de un crédito de alimentos. TJ, Sala Tercera, S 4 Jun. 2020. Asunto C-41/19: FX (Oposición a la ejecución de un crédito de alimentos)”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.
- L.S. ROSSI, “Posibilidad del organismo público subrogado legalmente en los derechos de un acreedor de alimentos de invocar por sí mismo la condición de ‘acreedor’ para que se declare la existencia de una obligación de alimentos. TJ, Sala Tercera, S 17 Sep. 2020. Asunto C-540/19: WV y Landkreis Harburg”, *La Ley Unión Europea*, nº 87, 2020.
- L.S. ROSSI, “Competencia judicial en relación con un título, declarado ejecutivo, por el que se reconoce la existencia de un crédito de alimentos. TJ, Sala Tercera, S 4 Jun. 2020. Asunto C-41/19: FX y GZ”, *La Ley Unión Europea*, nº 83, 2020.
- L.S. ROSSI, “Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución de un título por el que se reconoce la existencia de un crédito de alimentos. TJ, Sala Tercera, S 4 Jun. 2020. Asunto C-41/19: FX (Oposición a la ejecución de un crédito de alimentos)”, *La Ley Unión Europea*, nº 86, 2020.

- L. USUNIER, “Du juge compétent pour statuer sur l’action en opposition à exécution d’une décision alimentaire (CJUE, 3e ch., 4 juin 2020, aff. C-41/19, FX c/ GZ, D. 2020. 1827, note D. Foussard; AJ fam. 2020. 530, obs. A. Boiché)”, *RCDIP*, 2020, 4, pp. 801-813.
- M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 763-775.
- M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 784-794.
- M. ZUPAN/M. DRVENTIC, “Maintenance”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 71-92.

Sucesión mortis causa

- W. BANCZYK, “The efficiency of the foreign legacy ‘by vindication’ in a state not recognising it and the borders of succession law, based on Regulation (EU) No 650/2012: judgment of the Court of Justice of the European Union of 12 October 2017”, *ZEUP*, 28, 3, 2020, pp. 708-728.
- U. BERGQUIST, “Muss ein Europäisches Nachlasszeugnis nicht nur im Zeitpunkt der Antragsstellung bei dem Grundbuchamt, sondern auch bei Vollendung der Grundbucheintragung gültig sein?”, *IPRax*, 40, 3, 2020, pp. 232-233.
- M. BROSCH, “Der materiell-rechtliche ordre public im internationalen Familien- und Erbrecht: nationale Perspektiven abseits der Europäisierung im IPR (zu KG, 26.2.2019, 1 W 561-564/17, unten S. 44, Nr. 5, und OGH, 29.1.2019, 2 Ob 170/18s, unten S. 47, Nr. 6)”, *IPRax*, 40, 1, 2020, pp. 24-30.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de ‘residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento’ en el Reglamento sucesorio europeo”, en A. LARA AGUADO (DIR.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 207-229.
- L.F. CARRILLO POZO, “Sucesión de nacional extranjero residente en territorio de derecho foral: las cuestiones omitidas. Sentencia de la AP de Girona (Sección 2) núm. 367/2019 de 4 de octubre”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 943-952.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 933-1087.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 473-511.
- A. DEIXLER-HÜBNER/M. SCHAUER (HRSG.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, 2ª ed., Wien, Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- A. DUTTA, “Das internationale Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: die vergangenen fünf Jahre”, *ZEUP*, 28, 4, 2020, pp. 897-943.
- F. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bonn, Deutscher Notarverlag, 2020.
- É. FONGARO, “Détermination de la juridiction compétente en cas de résidence ‘alternée’ du défunt (Civ. Ire, 29 mai 2019, n° 18-13.383, D. 2019. 1376, note J. Guillaumé; ibid. 2216, obs. S. Godechot-Patris et C. Grare-Didier; AJ fam. 2019. 476, obs. A. Boiché; JCP 2019, éd. G, 926, note Louis Perreau-Saussine; Defrénois 2019, n° 36, p. 33, note Cyril Nourissat; RJPF, juillet-août 2019, p. 61, note Sara Godechot-Patris)”, *RCDIP*, 2020, 1, pp. 107-119.
- Q. FORNER DELAYGUA, “Un caso más de Dipr horrible servido por la DGRN”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 313-328.

- P. FRÉSARD/J. MORGER (HRSG.), *Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts: Beiträge des Weiterbildungsseminars der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 9. September 2019 in Zürich*, Zürich, Schulthess, 2020.
- R. FRIMSTON, *A practical guide to the EU Succession Regulation outside the EU: the regulation and its impact on inheritance, and estate administration and planning in the United Kingdom and other third states*, Somerset, Law Brief Publishing, 2020.
- W. GIERL/A. KÖHLER/L. KROISS/H. WIRLSCH (HRSG.), *Internationales Erbrecht: EuErbVO, IntErbRVG, DurchfVO, Länderberichte*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, Manz, 2020.
- M.E. GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 908-929.
- J. GLEIM, *Letztwillige Schiedsverfügungen: Geltungsgrund und Geltungsgrenzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “Réflexions sur la notion de ‘jurisdiction’ au sens de l’Article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne Oberle, C-20/17, et WB, C-658/17. Perspective espagnole”, *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1001-1019.
- B. GRAHAM-SIEGENTHALER/P. EBERHARD, “Entwicklungen und Tendenzen im internationalen Erbrecht und die damit verbundenen Neuerungen im IPRG: ein Überblick über die IPRG-Revision des 6. Kapitels”, *SZIER*, 30, 3, 2020, pp. 369-390.
- F. HEINDLER, “Public Policy and Islamic Intestate Succession Law - On Case no. 2 ob 170/18s of the Austrian Supreme Court of Justice”, *Yearbook of Private International Law*, 20, 2018/2019 (2020), pp. 377-394.
- J. HOLLIDAY, *Clawback law in the context of succession*, Oxford, Hart, 2020.
- P. KINDLER, “Anrechnungspflichten bei der Erbauseinandersetzung nach italienischem Recht: Statutenabgrenzung, Zuständigkeit, Statthaftigkeit einer Feststellungsklage, Qualifikation von Prozesszinsen, Ermittlung von Auslandsrecht”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 536-540.
- J. KLEINSCHMIDT, “Die Zuständigkeitsordnung der EuErbVO gilt auch für das nationale Erbscheinsverfahren (zu EuGH, 21.6.2018 – Rs. C-20/17, Oberle, unten S. 345, Nr. 24)”, *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 308-316.
- J. KÖRNER, *Das europäische Nachlasszeugnis: Abwicklung grenzüberschreitender Nachlassfälle*, Düren, Shaker Verlag, 2020.
- S. LANDINI (ED.), *EU Regulations 650/2012, 1103 and 1104/2016: cross-border families, international successions, mediation issues and new financial assets*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020.
- C. LASTHAUS, “Die Übergangsbestimmungen des Art. 83 der Europäischen Erbrechtsverordnung”, *IPRax*, 40, 6, 2020, pp. 532-536.
- S. MARINO, “Use of standard forms in EU Civil Judicial Cooperation: the case of the European Certificate of Succession”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 627-634.
- F.M. MARINO PARDO, “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio del 2020, C-80/19: E E. () y loi applicable aux successions”, *La Ley Unión Europea*, n° 85, 2020.
- M. MEDINA ORTEGA, “Consonancias y disonancias en el Derecho europeo de sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, n° 87, 2020.
- D. MILER, “The EU succession regulation and forced heirship: a potential violation of German public policy?”, *Journal of Private International Law*, 16, 2, 2020, pp. 334-349.
- D. MILER, “Evasion of the Law resulting from a Choice of Law under the Succession Regulation”, *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 615-636.
- J. NUSSER, *Europäisches Nachlasszeugnis und Erbschein*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2020.
- G. PALAO MORENO, “El Reglamento europeo de sucesiones: primeros pasos de su interpretación por el TJUE y de su aplicación práctica en España”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 435-450.
- J. RE, “Habitual Residence in the Succession Regulation”, en I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *Planning the future of cross border families: a path through coordination*, Oxford, Hart, 2020, pp. 133-150.

- C. SCHMITZ, *Die "Annahme" öffentlicher Urkunden nach Art. 59 Abs. 1 EuErbVO*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.
- K. THORN/K. VARÓN ROMERO, "Die Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs im Todesfall gemäß § 1371 Abs. 1 BGB nach der EuErbVO", *IPRax*, 40, 4, 2020, pp. 316-323.
- C. TOADER, "Sujeción de los notarios a las normas de competencia jurisdiccional del Reglamento (UE) nº 650/2012.TJ, Sala Primera, S 16 Jul. 2020. Asunto C-80/19: E E. () y loi applicable aux successions", *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.
- I. VIARENGO, "Planning Cross-Border Successions: The 'Professio Juris' in the Succession Regulation", *RDIPP*, LVI, 3, 2020, pp. 559-582.
- R. ZIMMERMANN, "Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive", *RabelsZ*, 84, 2020, pp. 465-547.

TRASLADO ILÍCITO A RUMANÍA DE UN MENOR TUTELADO
EN ALEMANIA POR UNO DE SUS PADRES CON EL
CONSENTIMIENTO DEL OTRO: ¿DELITO DE SUSTRACCIÓN
DE MENORES? (STJUE DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2020)

UNLAWFUL TRANSFER TO ROMANIA OF A MINOR UNDER
CARE IN GERMANY BY ONE OF HIS PARENTS WITH THE
CONSENT OF THE OTHER: CRIME OF CHILD ABDUCTION?
(ECJ NOVEMBER 19, 2020)

FLORA CALVO BABÍO

*Profesora titular de Derecho Internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:20.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6704>

Resumen: El presente estudio tiene como objetivo profundizar en el supuesto de hecho de la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2020* para analizar si existe, en primer lugar, la sustracción de un menor desde la óptica del Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y/o un delito de sustracción internacional de menores y, en segundo lugar, si verdaderamente la redacción del artículo 235 (2.2.) del Código penal alemán, que regula la sustracción de menores, es susceptible de restringir el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, o constituir una discriminación entre los nacionales alemanes y el resto de los nacionales comunitarios.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, delito de sustracción de menores, derechos de los nacionales comunitarios, libre circulación de personas, discriminación entre nacionales de Estados comunitarios.

Abstract: The objective of this study is to analyze the factual situation of the CJEU judgment of 19 November 2020, in order to examine whether there is, firstly, child abduction from the perspective of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, and/or a child abduction offence, and, secondly, whether the wording of Article 235 (2.2) of the German Criminal Code regulating child abduction is indeed likely to restrict the right to free movement of EU citizens, or to constitute discrimination between German nationals and other EU nationals.

Keywords: international child abduction, child abduction offence, rights of EU nationals, free movement, discrimination between EU nationals.

Sumario: I. Los antecedentes de hecho y la decisión del TJUE. 1. Los antecedentes de hecho. 2. Cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán. 3. Respuesta a las cuestiones prejudiciales. II Cuestiones de Derecho internacional privado. 1. Ley aplicable a la patria potestad y medidas de protección del menor. 2. La supuesta sustracción del menor a Rumania por parte del padre.

* C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947

III El delito de sustracción internacional de menores. 1. El problema de la regulación del delito de sustracción internacional en Alemania. 2. ¿Puede afectar esta sentencia a la regulación del delito de sustracción internacional en España?

I. Los antecedentes de hecho y la decisión del TJUE

1. Los antecedentes de hecho

1. Con fecha 19 de noviembre de 2020 el Tribunal de justicia dictó una sentencia resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el *Amtsgericht Heilbronn* (el tribunal civil y penal de Heilbronn), Alemania, en el que dicho órgano jurisdiccional cuestionaba la compatibilidad del artículo 235 del Código Penal alemán con el Derecho de la Unión, al considerar que el precepto era susceptible de producir una restricción injustificada de la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión y una discriminación entre nacionales comunitarios.

2. El caso se refería a la supuesta sustracción de un menor de nacionalidad rumana (AW), residente en Alemania, por su padre a Rumanía. AW, nacido en Rumanía, era hijo de dos nacionales rumanos. Residiendo en este país toda la familia y, tras la separación de los padres, la madre (ZW), con el consentimiento del padre, traslada su residencia y la del menor a Alemania. En el año 2014 las autoridades alemanas nombran un curador sobre AW y le atribuyen al mismo el derecho a determinar la residencia del menor.

3. Estando en curatela, el menor AW residió en diferentes centros de acogida, hasta que el curador autorizó a que volviese a residir con su madre e, incluso, el día 3 de agosto de 2017, el *Jugendamt de Heilbronn* (Oficina del Menor de Heilbronn), que había nombrado al curador, solicitó a las autoridades judiciales alemanas que la patria potestad le fuese restituida por completo a la madre.

4. En diciembre de 2017, antes de que el *Amtsgericht* se pronunciase sobre la petición de la Oficina del Menor, el padre, con el consentimiento en cierta medida de la madre, pero sin el consentimiento del curador, trasladó la residencia de éste a Rumanía, dónde padre e hijo viven desde entonces. Ante estos hechos, el *Jugendamt de Heilbronn* -que no solicitó en ningún momento la restitución del menor-, interpuso una denuncia por sustracción de menores contra ambos progenitores. A raíz de tal denuncia, el *Amtsgericht* inició un procedimiento penal contra la madre (que seguía viviendo en Alemania), como coautora de un delito de sustracción de menores tipificado en los artículos 25.2 y 235.2 del Código penal alemán.

2. Cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal alemán

5. El artículo 235.2 del Código penal castiga con una pena de hasta cinco años de prisión la sustracción internacional de menores, mientras que sólo constituye delito castigado con la misma pena la sustracción de menores interna, que se cometa con: “*fuerza, amenaza de daño grave o engaño*”. En este caso el tribunal alemán consideró que el precepto era susceptible de constituir una restricción injustificada a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión, puesto que, al tratarse las sustracciones internacionales conductas en las que incurren más los nacionales de otros Estados que los alemanes, se entendía que este precepto era susceptible de vulnerar el principio de igualdad de trato que debe dispensarse a todos los ciudadanos de la Unión¹.

¹ Sobre la tramitación de esta cuestión prejudicial, vid. M.C. CHELIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, en el contexto de la sustracción internacional de menores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2020, asunto C-454/19)”, La Ley Unión Europea, número 88, enero 2021, Editorial Wolters Kluwer. Pp. 1-3.

3. Respuesta a las cuestiones prejudiciales

6. El TJUE verifica que, efectivamente el apartado 2.2 del artículo 235 es susceptible de aplicarse más a ciudadanos alemanes que a extranjeros y que, con respecto dichos extranjeros, no se distingue entre ciudadanos comunitarios y ciudadanos de terceros Estados, castigando a los ciudadanos de la Unión europea más que a los ciudadanos alemanes por una conducta similar, y limitando su libertad de circulación en el territorio de la UE. En consecuencia, responde a la cuestión prejudicial indicando que el artículo 235 2.2 va en contra del artículo 21 del TFUE por estos motivos.

II. Cuestiones de Derecho internacional privado

1. Ley aplicable a la patria potestad y medidas de protección del menor

7. Lo primero que hay que analizar en el supuesto de hecho de la sentencia son los aspectos civiles del mismo, pasando después al plano penal y su pretendida colisión con las libertades comunitarias. Dentro del ámbito civil hay que valorar dos cuestiones: a) las leyes aplicables, inicialmente a la patria potestad sobre ese menor rumano residente en Alemania y, posteriormente, a las medidas de protección sobre él que se adoptaron en Alemania; y b) los aspectos civiles de la supuesta sustracción internacional del menor.

8. La ley aplicable a la patria potestad y las medidas de protección del menor se determina a través del *Convenio de la Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores*² (CH96), que se aplica para todos los Estados miembros de la UE. En su ámbito material el CH96 se refiere entre otras cuestiones a la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental (art. 1 c), cuando exista un conflicto de leyes, es decir, cuando el supuesto, por razón de la nacionalidad o de la residencia del menor, esté conectado con más de un ordenamiento. Con respecto a la responsabilidad parental, el CH96 se refiere a su atribución, ejercicio y privación total o parcial de la misma, así como su delegación, tanto si se ejerce por los padres, como si atribuye todo o parte de esa responsabilidad parental a una autoridad pública, como ocurre en este caso³.

9. En supuesto de hecho de la STJUE se cumplen todas las condiciones para que, por las autoridades alemanas, se aplique el CH96 para determinar cuál es la ley aplicable a la responsabilidad parental de un menor nacido en Rumanía de padres rumanos, pero qué, cuando hay que adoptar medidas de protección sobre él, reside legalmente en Alemania. Es decir, serán los preceptos de este Convenio los que indiquen de qué ley aplicable se parte (la ley bajo la que se determina inicialmente la responsabilidad parental del menor) y qué ley es aplicable a las medidas de protección que se adoptan cuando el menor se encuentra residiendo en Alemania.

10. En la determinación de la ley aplicable para la adopción de estas medidas (materia para la que el CH96 es *erga omnes ex. art. 20*), la regla general se encuentra en el artículo 15, que designa como aplicable la ley interna del Estado miembro competente para conocer del asunto, no obstante, siempre se parte de una base, y es que la patria potestad del menor puede estar sujeta a otra ley distinta desde su nacimiento. Así, el artículo 16. 1 indica que la atribución de la responsabilidad parental sobre

² BOE número 291, de 2 de diciembre de 2010.

³ Sobre cuestiones generales en materia de familia internacional *vid.* M. GUZMAN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *Personas y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Sobre determinados aspectos del CH96, *vid.* L. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-212. 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* (marzo 2020) Vol. 12, 1, pp. 97-117.

el niño se rige por la ley del Estado de residencia habitual del niño. Esa ley subsiste después del cambio de residencia habitual del menor (art. 16.3), pero, en caso de cambio de residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviere ya investida de tal responsabilidad se rige por la Ley del Estado de la nueva residencia habitual (art. 4).

11. Lo expresado en el apartado anterior es lo que concurre en este supuesto. El menor nació en Rumanía de padres rumanos, por lo que la ley aplicable a la atribución de la responsabilidad parental fue la de su primera residencia habitual, la rumana, que otorgaba la patria potestad a ambos progenitores. Cuando se adoptaron medidas de protección sobre él residía con su madre en Alemania, por lo que es la ley alemana la que se aplica a la modificación de las cuestiones referidas a la patria potestad. Según esta ley la madre se vio privada parcialmente del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, y, en especial, del derecho a decidir la residencia de éste.

2. La supuesta sustracción del menor a Rumanía por parte del padre

12. Para resolver la sustracción internacional de un menor, entre los Estados miembros de la UE se aplica el *Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (a partir de ahora CH80)⁴. El artículo 3 del CH80 indica que el traslado ilícito de un menor se produce cuando existe: “*infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y dicho derecho se ejercía de forma efectiva separada o conjuntamente en el momento de su traslado o retención*”. La primera pregunta que surge ante esta definición es, ¿quién tiene atribuido el derecho de custodia y, dentro del mismo, a quién corresponde decidir sobre la residencia del menor? El artículo 5 del mismo convenio indica que: “*derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, en particular, a decidir sobre su lugar de residencia*”. Es decir, este artículo parece indicar que, quien ostenta el derecho de custodia, aunque no tenga la patria potestad completa del menor, puede decidir su lugar de residencia.

13. En derecho interno español se contempla una clara distinción entre los conceptos “patria potestad” y “derecho de custodia” que no existen en otros ordenamientos. En nuestro país el derecho a fijar el domicilio de los hijos (art. 154.3 del código civil, -en adelante CC) es una consecuencia directa del ejercicio de la patria potestad, que es compartida por los padres tal y como dispone el artículo 156 CC. En consecuencia, el derecho de custodia en los términos definidos en el CH80 equivale al de derechos emanados de la patria potestad y son ambos padres sus titulares. Así lo expresó la STS de 20 de octubre de 2014⁵ en la que como doctrina jurisprudencial se indicó que: “*el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él*”.

14. En algunos de los países signatarios del CH80 (como por ejemplo Turquía), la dicotomía entre el concepto patria potestad y derecho de custodia no existe, de modo que los progenitores que gozan de un derecho de custodia exclusiva del menor, otorgado por sentencia de divorcio o medidas paternofiliales, gozan también del derecho a decidir en solitario acerca de la residencia del menor, ello aunque por la misma sentencia se le hayan concedido derechos de visita al otro progenitor.

⁴ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. Para cuestiones generales sobre el CH80, vid. C. VARELA ÁLVAREZ, “Sustracción internacional de menores: aspectos procesales y sustantivos”, *Derecho de Familia* 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dir.), pp. 565-580. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Sustracción internacional de menores, vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 587-605.

⁵ Sentencia número 536/2014, número de recurso 2680/2013. Ponente J. A. SEIJAS QUINTANA; STS 4072/2014; ECLI:ES:TS:2014:4072.

15. Volviendo al supuesto de hecho de la sentencia, es preciso analizar como se produjo el traslado del menor a Rumanía para valorar si realmente se trata o no de sustracción ilícita desde la óptica del CH80. En el momento de la supuesta sustracción por el padre (diciembre de 2017) el menor, no sólo estaba bajo la guarda *de facto* de su madre desde hacía tiempo, sino que estaba en curso la solicitud de la Oficina del Menor (*Jugendamt de Heilbronn*) para la restitución total de la patria potestad del menor a ésta.

16. Dadas las circunstancias, ¿existe en este caso una verdadera sustracción del menor a Rumanía? Para que se produzca la sustracción del menor ésta debe producirse “*con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente (...) a una institución (...) inmediatamente antes de su traslado o retención*”. Entonces, si por las autoridades alemanas se consideró que había existido dicha sustracción, porque se había vulnerado el derecho a decidir el lugar de residencia que se había atribuido al curador, lo que se desprende de la denuncia por sustracción presentada contra la madre, sorprende que, a la vez, no se solicitase por dichas autoridades en aplicación del CH80 la restitución del menor⁶, para requerir el retorno de AW a Alemania.

17. La siguiente pregunta que surge es, si, considerándose traslado ilícito se hubiese solicitado la restitución, ¿se habría acordado por las autoridades rumanas la restitución del menor a Alemania o, por el contrario, habría concurrido en este supuesto algún motivo de no restitución? Los artículos 12 y 13 del CH80 regulan los motivos que permiten al progenitor sustractor oponerse con éxito a la restitución. Entre ellos se indica en el artículo 13 a) que la restitución no se producirá si la persona, Institución u Organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, *no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en el que fue trasladado o retenido*. Se desprende de las circunstancias del caso que, cuando se produjo la supuesta sustracción, el curador designado por la Oficina del Menor de Heilbronn no ejercía la custodia efectiva del menor, puesto se la había devuelto desde hacía tiempo a la madre, que era la que sí la ejercía de modo efectivo.

18. Es decir, en la vía civil, la aplicación del CH80 es dudosa, puesto que, a efectos del artículo 3, no resulta acreditado que el traslado, consentido por la madre que tenía la guarda *de facto* del menor, fuese ilícito, puesto se había cursado por la Oficina del Menor una solicitud judicial para que se le reintegrase el ejercicio pleno de la patria potestad con el derecho a decidir sobre la residencia del menor. Solicitar la restitución de un menor cuando “se ha solicitado el reintegro” a un progenitor del derecho a decidir la residencia del menor, supone ir contra los “actos propios”, lo que permite considerar que realmente no se ha producido un traslado ilícito del menor. Ello cuando en España ha ocurrido con dos progenitores (uno da el permiso al otro, expresa o tácitamente, para la modificación de la residencia del menor a otro país, y luego “se arrepiente” y solicita la restitución del menor) ha provocado que nuestros tribunales consideren que es ir en contra de los “actos propios” y que esta conducta es suficiente para considerar como lícito el traslado del menor⁷.

19. Por último, aunque se pudiese considerar que el traslado del menor es ilícito, porque aunque se había solicitado que se reintegrase el ejercicio pleno a la madre, éste no se había producido todavía cuando se modifica la residencia del menor por el padre, entendemos que concurriría un motivo de no restitución, el ya reproducido del artículo 13 a), puesto que la Autoridad alemana que tenía el derecho a decidir la residencia del menor no estaba ejerciendo, en el momento de la supuesta sustracción, la custodia efectiva del mismo, al encontrarse el menor bajo la guarda de hecho de la madre.

⁶ Para cuestiones referidas a la residencia del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores, vid. F. CALVO BABIO, “La sustracción internacional de menores. Cuestiones generales y la determinación del concepto de residencia habitual del menor sustraído”, *Derecho de Familia* 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dir.), pp. 83-100.

⁷ El profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ha recopilado numerosas resoluciones españolas en este sentido en su artículo, “La sustracción internacional de menores, la teoría de los actos propios y el regreso de la primavera” *Accursio DIP-Blog*, 9 de febrero de 2020. Entre ellas AAP de Barcelona de 27 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:7912^a); AAP de Palencia de 20 de abril de 2018 (ECLI: ES:APP:2018:217) o AAP de Pontevedra de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APM:2021:552). En el mismo sentido, la más reciente SAP de Madrid de 28 de enero de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:552).

III. El delito de sustracción internacional de menores

20. En muchos países comunitarios está tipificado el delito de sustracción internacional de menores. El motivo de que exista esta tipificación penal junto con la normativa convencional y comunitaria civil de restitución de menores es la de dotar al Estado de mecanismos, tanto para castigar estas conductas, como para disuadir a los posibles sustractores a la hora de llevarlas a cabo, puesto que se ha verificado que, por un lado, el número de sustracciones internacionales de menores se ha incrementado alarmantemente en la UE (el Parlamento europeo contabilizó 1.800 casos en el año 2018) y, por otro, los mecanismos de restitución internacional en el ámbito civil no resultan todo lo eficaces que se desearía. Así, en el presente asunto el Estado alemán justificó la regulación del delito de sustracción de menores (37) en las dificultades prácticas para conseguir la restitución de un menor retenido en el extranjero, incluso cuando se encuentra en otro Estado miembro⁸.

21. De hecho, el Estado alemán en sus argumentos para oponerse a la cuestión prejudicial planteada no distingue entre las dificultades que existen en la restitución de menores dentro de la UE con respecto a las dificultades que puedan existir con las restituciones que se solicitan a terceros Estados. Dentro de la UE el Reglamento (CE) 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental establece un “refuerzo” en la aplicación del CH80 entre los Estados miembros⁹.

22. Este “refuerzo” se encuentra en materia de competencia judicial internacional en los artículos 10 y 11 y, en materia de reconocimiento y ejecución directa de las resoluciones que otorgan la restitución de un menor en los artículos 40 y 42. Ciertamente, la eficacia de este sistema no es óptima, puesto que existen Estados miembros que no aplican debidamente ni el CH80 ni el Reglamento comunitario. Precisamente habría que poner como ejemplo a Rumanía que, si bien ordena la restitución de los menores con bastante celeridad cuando procede, no pone medios para ejecutar dichas órdenes de restitución. Estas conductas detectadas son el motivo por el que el sistema comunitario de restituciones haya sufrido una intensa reforma en el nuevo *Reglamento UE número 2019/1111 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 se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, derogando el Reglamento 2201/2003¹⁰.

⁸ En las estadísticas del Convenio de la Haya de octubre de 1980, reunión interamericana de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya y Autoridades Centrales, que tuvo lugar en la Ciudad de México, México, los días 23 a 25 de febrero de 2011, se concluyó que los procedimientos de restitución en el año 2008 a nivel mundial son más lentos que en el año 2003. *Vid.* F.J. FORCADA MIRANDA “El nuevo procedimiento 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)”. <http://www.millennium-dipr.com/ba-37-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-i>. En España ocurrió lo mismo que en los países de nuestro entorno, se reguló el delito de sustracción de menores, en primer lugar, para poder combatir de alguna manera las sustracciones de menores con países con los que no teníamos suscrito ningún convenio de restitución y, por otro, para reforzar el sistema de restitución civil cuando los convenios existentes no resultaban eficaces. Sobre el análisis del delito de sustracción internacional de menores en España *vid.* A. ADOLFO CARVAJAL, “Los aspectos penales” en AEAFA coord., *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 109-135; E. BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Delito de sustracción de un menor por su progenitor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; A. MONGE FERNÁNDEZ, *Delito de sustracción de menores (aspectos dogmáticos y jurisprudenciales)*, Bosch, Barcelona, 2017;

⁹ Sobre estas cuestiones *vid.*: A. MONGE FERNÁNDEZ (DIR), *Sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch, 2019. I. LORENTE MARTÍN, *Sustracción internacional de menores (estudio jurisprudencial práctico y crítico)*, Dykinson, Madrid 2019; C. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La sustracción internacional de menores. El retorno del menor en el ámbito del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento CE número 2201/2003*, Madrid, Colex, 2020.

¹⁰ Ya anteriormente en nuestro país se trató de mejorar el sistema procesal interno para dotar de mayor eficacia el sistema, que se había verificado excesivamente lento, F.J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo procedimiento 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) *Bitócora Millenium DIPR*, Revista número 3. Del mismo Autor: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*. Sepín, Las Rozas, 2015.

1. El problema de la regulación del delito de sustracción internacional en Alemania

23. El problema principal de la regulación del delito de sustracción de menores en Alemania es que el tipo es diferente dependiendo de si la sustracción se realiza dentro de Alemania o se trata de una sustracción internacional. A este respecto, el artículo 235.2.2 del Código penal alemán presenta dos problemas de cara a su compatibilidad con las libertades comunitarias: a) la posible restricción inadmisibles a la libertad comunitaria fundamental de circulación y, b) la posible discriminación del resto de los nacionales comunitarios con respecto a los nacionales alemanes.

24. En referencia a las posibles trabas a la libre circulación de personas, el TJUE ha manifestado en numerosas ocasiones que la protección del interés superior del niño constituye un interés legítimo que puede justificar tal libertad comunitaria, ello aparece en Sentencias del TJCE como la de 14 de febrero de 2008¹¹, pero se exige que tal restricción sea proporcionada a los objetivos legítimamente perseguidos por la norma nacional controvertida.

25. Como se ha verificado anteriormente, en el caso de las sustracciones internacionales de menores, el artículo 235. 2.2 del código penal alemán establece un tipo distinto para las sustracciones internas que para las internacionales¹², constituyendo delito la mera sustracción internacional del menor, sin que sea necesario como en la interna que la sustracción vaya acompañada de: *“fuerza, amenaza de daño grave o engaño”*. Como las sustracciones internacionales de menores suelen ser cometidas en mayor medida por ciudadanos extranjeros que por alemanes, el tribunal que plantea la cuestión prejudicial se pregunta si la tipificación de este delito, tal y como lo hace el precepto reproducido, puede dar lugar a una discriminación prohibida por el artículo 21.2 del TFUE que establece que: *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”*.

26. Realmente la redacción del precepto no discrimina por la nacionalidad alemana o extranjera del infractor, es la realidad de los hechos la que provoca que los infractores sea extranjeros en mayor número que alemanes, aunque nada impide que la tendencia se revierta en cualquier momento (por ejemplo, sin un número creciente de familias alemanas se instalase a vivir en el extranjero, teletrabajando desde allí, y se incrementa el número de alemanes que sustraen a sus hijos desde el extranjero a Alemania). Y, nuestro juicio, no existe tal discriminación porque, en el caso de que un alemán realizase la misma conducta que un extranjero la pena sería la misma, y no menor porque sea alemán, en consecuencia, realmente no existe discriminación por motivo de la nacionalidad entre alemanes y extranjeros, porque todos reciben el mismo castigo previsto en el código penal si comenten sustracción internacional sin fuerza, amenaza o daño grave.

27. Entonces parece que lo que le resulta realmente discriminatorio al TJUE es que se exijan distintas condiciones para penar la sustracción interna y la internacional. Quizás le parece desproporcionada la pena para la sustracción internacional en la que no media fuerza, amenaza de daño grave o engaño, como se exige en la interna. Pero esta discriminación, que no negamos que pueda existir, ¿es contraria al artículo 21.2 TFUE? Entendemos que no, porque no estaría discriminando por razón de nacionalidad, sino por razón de la conducta, en la que se entiende que el riesgo añadido que supone sacar al menor de su entorno cultural habitual, y desplazarlo a otro país con un régimen jurídico distinto, y muchas veces con distinto idioma, supone que, por el efecto dañino sobre el menor, la conducta merezca la misma pena que una sustracción interna, que necesita otros componentes para constituir delito.

¹¹ Dynamic Medien, C-244/06 (ECLI:EU:C:2008:85).

¹² Para un análisis del tipo penal de artículo 235 del Código penal alemán vid. M. C. CHÉLIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación...” op. cit. pp. 3 y 4.

2. ¿Puede afectar esta sentencia a la regulación del delito de sustracción internacional en España?

28. En España también se regula el delito de sustracción internacional de menores en el artículo 225 bis del Código penal. En este artículo se indica en el apartado 1 que: “*El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a un hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*”. En el apartado 3 se indica: “*Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución, la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior*”¹³.

29. Comparando esta redacción con la del artículo Código penal 235.2.2 alemán podemos verificar que, a diferencia de lo que ocurre con dicho precepto, la conducta que configura el tipo del delito es la misma, y la diferencia estriba en la pena, puesto que para las sustracciones internacionales la pena se impondrá en su mitad superior, castigando con mayor dureza las sustracciones internacionales que las internas. Esta diferencia, ¿podría ser considerada por el TJUE como una discriminación a los nacionales de otros Estados miembros tal y como se consideró en el caso de la sentencia comentada con el precepto alemán?

30. Si analizamos las estadísticas recientes de sustracciones internacionales en España podremos verificar que, probablemente, se cometen más por extranjeros que por españoles, con lo cual estaríamos, por otros motivos, en la misma situación que en Alemania. Así, sería posible que el TJUE también considerase discriminatoria la pena superior a una infracción que suelen cometer más extranjeros que españoles, sin distinguir si estos extranjeros son comunitarios o de terceros Estados¹⁴.

IV Conclusiones

31. Lo primero que se plantea en el análisis de esta sentencia son las diferencias y, en algunas ocasiones disfunciones, entre la regulación civil de la sustracción internacional de menores y la regulación penal, que llevan a cabo muchos Estados. En España, por ejemplo, la conducta penada el ilícito penal es “más corta” que la que en el ámbito civil supone una sustracción o retención ilícita. Habida cuenta de lo antedicho, todas las conductas que suponen un delito de sustracción entrarían dentro del ilícito civil. Por ello, lo que más sorprende en el supuesto de hecho de la presente STJUE es que la conducta del padre que se lleva a Rumanía un menor tutelado por la administración, con el consentimiento de la madre que lo tiene en custodia, pero no del curador nombrado por la administración, se denuncie por parte de las autoridades alemanas como constitutiva de un delito de sustracción internacional, cuando no se ha solicitado la restitución del menor. De hecho, en este caso, es bastante dudoso que el traslado hubiese sido ilícito o, aún siéndolo, no concurriese el motivo de no restitución regulado en el artículo 13 a) CH 80. La vía penal en materia de sustracción internacional de menores debería ser un refuerzo a la vía civil y no una alternativa a dicha vía que castigue conductas que no incurren en el ilícito civil como parece ocurrir en este caso.

32. En lo que se refiere a la cuestión prejudicial, parece cuanto menos dudoso -y ello pese a que así se considera por el TJUE- que el artículo 235.2.2 del código penal alemán se pueda considerar discriminatorio por razón de la nacionalidad desde la óptica del artículo 21.2 del TFUE. El hecho de que se se

¹³ Según M. GAVILÁN RUBIO, “El bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del CP es la seguridad del menor, el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo, a relacionarse con ambos progenitores, a estar en el entorno que le es conocido, social, escolar de recreo y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia”, M. GAVILÁN RUBIO, “La sustracción internacional de menores: aspectos penales y medidas civiles relativas a la restitución o retorno de menores”, Derecho de Familia 2021, E. ORTEGA BURGOS y M. T. ECHEVARRIA DE RADA (dirs.), p. 231.

¹⁴ Discrepa de esta opinión M. C. CHÉLIZ INGLÉS, “Restricción a la libre circulación...”, op. cit. pp. 7 y 8. Igualmente discrepa M. GAVILÁN RUBIO, “La sustracción internacional de menores...”, op. cit. pp. 234-236.

tipifique un delito de forma distinta, según se cometa dentro de territorio alemán o fuera del mismo, no tiene porque suponer una discriminación por razón de la nacionalidad. En este caso se está penando dos conductas diferentes independientemente de la nacionalidad del que las comenta. Si la misma conducta la comete un nacional alemán y otro extranjero (comunitario o no) el castigo será el mismo, ¿dónde está entonces la discriminación?

DISPARIDAD DE LAS VERSIONES LINGÜÍSTICAS DEL
CONVENIO BILATERAL HISPANO RUSO SOBRE ASISTENCIA
JUDICIAL: AUTO DE LA AP DE BARCELONA (SECCIÓN 12)
NÚM. 318/2021 DE 27 DE JULIO

DISPARITY OF THE LANGUAGE VERSIONS OF THE
SPANISH-RUSSIAN BILATERAL CONVENTION ON JUDICIAL
ASSISTANCE: ORDER OF THE COURT OF APPEAL OF
BARCELONA (12TH SECTION) NUMBER 318/2021 OF 27TH JULY

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6705>

Resumen: La versión rusa y la española del art. 22.1 del Convenio de 1990 entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil dicen cosas distintas sobre organización del procedimiento de solicitud del *exequatur*. Es muy difícil que un tribunal se aparte de la letra de la norma, pero lo cierto es que lo que publica el BOE carece de sentido, es ilógico. Existen no obstante instrumentos idóneos en nuestro ordenamiento para reconstruir la norma y hacerle decir lo que debe querer decir.

Palabras clave: *Exequatur*, convenio bilateral hispano ruso sobre asistencia judicial, versiones auténticas.

Abstract: The Russian and Spanish versions of Article 22.1 of the 1990 Convention between the Kingdom of Spain and the Union of Soviet Socialist Republics on Mutual Assistance in Civil Matters say different things about the organization of the *exequatur* procedure. It is very difficult for a court to depart from the letter of the rule, of course, but the truth is that what the BOE publishes is meaningless, it is illogical. Nevertheless, there are suitable instruments in our system to reconstruct the norm and make it say what it must mean.

Keywords: *Exequatur*, Spain-Russia bilateral convention on judicial assistance, authentic texts.

Sumario: I. El caso origen del auto comentado. II. Excurso: Dos cuestiones discutibles: Notificación y costas. III. El núcleo del debate: ¿Podrá o deberá? 1. Insuficiencia de las reglas sobre interpretación de los tratados: La idoneidad de corregir desde la propia regla convencional. 2. ¿Recursos extraordinarios? IV. A modo de recapitulación (apuntes a propósito de los convenios bilaterales).

1. Confieso que ha sido completamente casual descubrir que tenemos este problema, y por supuesto no existe aquí el más mínimo mérito personal¹. Salvo error u omisión por mi parte, hemos convivido con él durante treinta años, sin darnos cuenta, hasta que alguien ha actuado al margen de los cauces que siempre se tuvieron por correctos. El asunto toca varios temas de alcance general en el Derecho procesal civil internacional, por lo que intentaré en la presente nota evidenciar en lo posible esas cuestiones que van más allá del caso concreto controvertido. De hecho, es probable que ni los hechos litigiosos ni el propio litigio sean lo más importante. Interesa la cuestión de fondo: ¿Qué pasa cuando las dos versiones lingüísticas de un convenio bilateral dicen cosas diferentes (*rectius*, opuestas), y la diferencia no es de matiz o de meras deficiencias en la traducción? Y en un segundo nivel, ¿qué ocurre cuando no se satisfacen escrupulosamente las exigencias documentales previstas en un instrumento como ese?

I. El caso origen del auto comentado

2. Creo que será útil empezar por el principio del principio, para captar la completa entidad de la controversia.

Ante los tribunales españoles se presenta demanda solicitando el reconocimiento e inscripción en el Registro civil de dos sentencias dictadas por los órganos judiciales rusos, una decretando el divorcio, dictada en primera instancia por un juzgado de paz moscovita, y otra sobre nulidad de capitulaciones matrimoniales, emanada por la Audiencia provincial de Moscú. El juzgado de primera instancia nº 15 de Barcelona accede a ambos pedimentos constatando que no concurre ninguna de las causas de denegación previstas en el art. 41 de la LCJI, y siguiendo los cauces de esta misma ley, sin mención alguna del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990², extremo éste tanto más grave cuanto que en el escrito de oposición se le puso de manifiesto que el art. 2 de la mencionada ley da prevalencia a los convenios internacionales. Además, se le reclamó expresamente el respeto de su art. 22.1³, que en su versión rusa utiliza el verbo *deberá* (*infra*), eludiendo formular otras objeciones.

Apelado ese auto en base a la deficiente traducción alegada y la inexistente notificación al demandado, la AP construye su respuesta comenzando con un desarrollo acerca de la sucesión de Estados, reconoce que es aplicable el convenio hispano ruso y subraya que la norma del artículo citado permite optar al identificar ante qué tribunales presentar la solicitud de *exequatur*, facilitando los trámites para el reconocimiento de una resolución, «de forma que si quien lo solicita reside en el Estado en el que se dictó se puedan utilizar sus órganos judiciales como correa de transmisión de la petición a los juzgados competentes para reconocerla, y con ello evitar los difíciles y complicados trámites procesales si el solicitante tuviera que trasladarse a otro país para solicitar el reconocimiento. Pero en ningún caso es obligatorio presentar la petición de reconocimiento ante el Estado que dictó la resolución». Por lo demás, rechaza la objeción basada en tal defectuosa notificación, conformándose con la constatación de que el apelante en el proceso español lo fue también en el que dio lugar a la sentencia de segunda instancia en Rusia, sin entrar a valorar eventuales elementos de prueba que contradijeran este dato o una posible extralimitación del órgano *ad quem*⁴. En consecuencia, desestima el recurso y condena en costas al apelante.

¹ Mis conocimientos de lengua rusa son inexistentes. Si llegué a tener noticia del asunto origen de esta nota es gracias a Roman Bazoev, brillantísimo antiguo alumno del que sigo aprendiendo, a quien agradezco su ayuda y confianza, que me ha permitido conocer -con pulcro respeto de la legislación vigente- los documentos esenciales del expediente.

² BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

³ Recordemos su tenor:

¹. La solicitud de otorgamiento de la ejecución y de cumplimiento de la misma, *podrá* [cursiva propia] hacerse a través de los órganos del Estado donde haya sido dictada, los cuales enviarán la solicitud al órgano competente de la otra Parte Contratante.

². La solicitud podrá presentarse directamente en el órgano competente de la otra Parte Contratante si la persona que solicita el otorgamiento de la ejecución tuviere el domicilio o la residencia en el territorio de la misma.

⁴ «Este Tribunal no puede entrar a conocer sobre el fondo de la resolución, ni determinar si la Audiencia Provincial se atribuyó unas competencias que no le correspondían al dictar la sentencia en la que se declara la nulidad de los capítulos matrimoniales. El papel de los tribunales españoles es entrar a conocer sobre si la parte fue debidamente emplazada ante el Tribunal que dictó la sentencia cuyo reconocimiento se solicita y el Sr. Simón compareció ante la Audiencia Provincial de Moscú».

II. Excurso: Dos cuestiones discutibles: Notificación y costas

3. Por supuesto podemos aceptar que la estrategia procesal del apelante no fue la más correcta. Afirmar en el escrito de oposición que el cauce es el convencional y no el de la ley, solicitar que, en consecuencia, se aprecie la inadecuación del procedimiento y anunciar que en su momento se abordará el tema de las causas de denegación del reconocimiento (notificación en particular) es un error, porque: i) la inadecuación del procedimiento es otra cosa: La selección del cauce procesal para obtener tutela depende de la materia y de la cuantía, no de la base jurídica alegada⁵; ii) el pedimento tendría que haber sido más bien el de inadmisión de la demanda, tras hacer valer que el convenio bilateral prevé que las solicitudes se presenten en el Estado de origen (art. 404.2.1 LEC); iii) si esta alegación no es acogida, aun cabe subsidiariamente la solicitud de que se decrete la nulidad de actuaciones *ex art. 225.1º LEC*; iv) en todo caso, la reserva de alegaciones es suicida, porque después no habrá lugar a ello (art. 400 LEC). Que en el escrito del recurso se desarrollara lo que había sido mínimamente apuntado en su momento y que la AP no lo rechace sin más sólo puede explicarse por una lectura extremadamente generosa del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo teniendo en cuenta que el respeto a la igualdad de armas queda garantizado desde el momento que al apelado se le dio la oportunidad de contradecir aquellas alegaciones.

4. Dicho lo cual, sí que quiero llamar brevemente la atención sobre un primer extremo, el de la notificación legal y con tiempo suficiente para defenderse. Lo elocuente (sospechoso si se prefiere) a mi juicio no es que el recurrente insista en que jamás se produjo o que el Colegio judicial de Moscú deje constancia en su sentencia de que no existió⁶; lo relevante es que la AP implícitamente reconoce -porque nunca desmiente las afirmaciones del apelante, dándolas por buenas- que con la solicitud de reconocimiento no se aportó toda la documentación requerida (falta la certificación acreditativa del correcto y tempestivo emplazamiento, exigida por el art. 23 del convenio). A este respecto se justifica la desestimación argumentando que cuando uno apela es porque ha tenido conocimiento del proceso, y se ha tenido la oportunidad de alegar y probar lo que al propio derecho convenga. Ahora bien, ¿es aceptable equiparar ambas cosas, en el panorama jurídico en el que nos estamos moviendo? ¿Se puede trasladar sin más al convenio con Rusia las soluciones codificadas en los reglamentos de la UE? Considerados los principios que les sirven de base, no parece razonable afirmar que lo que vale para éstos deba valer también fuera de ese núcleo de integración.

Partamos de una evidencia, y es el tenor literal de la norma: Se exige un certificado porque repugna a la sensibilidad jurídica española admitir una resolución emanada después de un proceso en el que no se han respetado las garantías mínimas del demandado (por eso se rechaza expresamente la idoneidad de una notificación edictal, art. 18.2º), y la única forma de comprobarlo es el tan mentado documento. En presencia de una norma tan clara, constante en los convenios bilaterales sobre *exequatur*, un juez carece de legitimación para no respetar su tenor, ni siquiera en aras de la mayor facilidad en el proceso de reconocimiento de resoluciones⁷. Adviértase cómo el art. 32 del RBII *ter* reduce las exigencias documentales a su mínima expresión, de forma que se puede pedir la ejecución de una sentencia francesa, alemana o búlgara sin contar ni siquiera con su texto; pero nada del estilo es extrapolable al espacio no integrado, donde no se ha gestado en los convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución ni una sola norma que aligere los requisitos formales: Definitivamente, no existe el mismo nivel de confianza con los Estados de la UE que con Rusia, y no es previsible por ello que la voluntad del legislador fuera flexibilizar las exigencias documentales. ¿Tenemos que presumir que el proceso civil ruso es respetuoso de los derechos individuales? ¿Disponemos de alguna forma de cooperación entre las administraciones judiciales que permita eludir formalidades y comprobar que los derechos de las partes

⁵ Con el añadido de que no es causa de nulidad si no genera indefensión: STS de 2 marzo 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1244).

⁶ Estas son afirmaciones contenidas en el escrito del recurso de apelación, que no tenemos por qué creer.

⁷ Atender a los requisitos legalmente previstos no empece, por supuesto, para mantener allí donde se pueda «una interpretación del Convenio favorable al reconocimiento y ejecutividad de las decisiones judiciales en esta materia» (AAP Barcelona de 15 mayo 2019; ECLI:ES:APB:2019:2781A). Si la norma es tajante no se puede flexibilizar nada. Cabe hacerlo con conceptos amplios (la afectación a los principios básicos de la legislación de la Parte Contratante requerida del art. 18), pero no con los documentos básicos.

han permanecido inmaculados, como la que se instaura en la UE⁸? En absoluto. Si se quiere comprobar que a un sujeto se le ha dado la oportunidad de defenderse desde el primer instante del proceso, no tenemos otro medio de acreditación; la exigencia de emplazamiento no es eludible, ni puede ser sustituida por aquel conocimiento tardío o extraprocesal y la posibilidad de recurrir en apelación, porque se le ha privado de una instancia, y en apelación no se garantiza que se vaya a poder realizar las alegaciones y aportar las pruebas que sí podía haber alegado y aportado en primera instancia⁹: ¿Hemos de dar por buena, a este respecto, la posibilidad de recurrir cuando se trata de un sistema procesal desconocido y frente al cual no tenemos que albergar idénticos sentimientos de confianza recíproca que sí expresamos respecto a nuestros socios? Conclusión general: Cuando se aplica un convenio bilateral no hay otra forma de huir de las exigencias formales, y sin documentos no cabe importar nada¹⁰.

5. Segundo excurso: El auto condena en costas al apelante, consecuencia lógica de la desestimación del recurso, lo que suscita dos aspectos destacados, el de la estricta legalidad y el de lo equitativo: ¿Se puede hablar de desestimación cuando se ha admitido que el cauce jurídico empleado por el tribunal de instancia era incorrecto? ¿Se debe condenar en costas en estos casos? La respuesta es, obviamente, que sí, pero debo apuntar varios datos: a. El criterio del vencimiento del art. 398 LEC en relación con el 394 LEC no deja espacio a la duda: Si se lee el fallo está claro que la desestimación es completa. La posición del TS relativa a la equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso mira al fallo de la resolución y no a la fundamentación jurídica, cuadrando precisamente a casos como éste¹¹; b. La idea de trasladar el razonamiento típico en los procesos matrimoniales (“como son imprescindibles para obtener un resultado -las partes no pueden acudir a mecanismos alternativos, al margen del proceso-, no se debe imponer costas a nadie”) falla en dos puntos: i) En el caso concreto, se trata de un procedimiento distinto al declarativo, y no puede por consiguiente reflejar sin más sus soluciones como si fuera un espejo; ii) Desde el momento que hay oposición a la solicitud de reconocimiento, se está cuestionando las pretensiones de la otra parte y obstaculizando la plena vigencia de su derecho. Por ello, cuando ve derrotadas sus posiciones surge el hecho generador de la condena en costas, y merece asumir las consecuencias económicas de un proceso que se convirtió en contencioso cuando pudo desarrollarse casi como si fuera una jurisdicción voluntaria. Dicho de otra forma, por mucho que el proceso sea inexorable, la condena en costas no lo es; c. La tentación de reclamar como elemento de justicia material el comodín de las dudas de Derecho no tiene cabida: Simplemente no existen. Cuando se habla de tales dudas se hace referencia a normas oscuras, de vigencia reciente, objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes, o a la complejidad de la relación jurídica objeto del proceso: Aquí no hay nada de eso; d. Siendo ineludible la condena, otro debate es el de las partidas que encajan en el concepto de costas procesales, y en particular el coste de las traducciones: Se podrían incluir los gastos generados por ellas

⁸ A salvo la genérica declaración del art. 4 del convenio o el compromiso de facilitar información sobre la resolución adoptada, *ex art.* 24.4.

⁹ El art. 335.1 del Código de procedimiento civil de la Federación Rusa introduce una solución similar -restrictiva- a la española en cuanto a las pruebas en apelación, dejando en manos del tribunal su admisión fuera de plazo si concurren *buenas razones* para ello (art. 232(3).4).

¹⁰ Es ejemplar el AAP de Salamanca de 28 noviembre 2016 (ECLI:ES:APSA:2016:52A), que al tiempo que lamenta el exceso de rigor de las exigencias documentales, subraya las diferencias que median entre el sistema Bruselas y la LCJI/convenio hispano brasileño aplicable en el caso pero «lo cierto es que el mandato de la norma es inexorable: si la sentencia se dictó en rebeldía, su reconocimiento sólo puede tener lugar si se cumplen cumulativamente dos condiciones, una jurídica y otra fáctica: que hubo un emplazamiento regular (...) del demandado, y que se produjo con tiempo suficiente para permitirle preparar su defensa». Sigue igualmente siendo útil la STS 1316/2007 de 4 diciembre, que afronta un caso del CB -cuyas soluciones son de alguna manera trasladables al modelo del convenio hispano ruso-, cuando evidencia que los requisitos documentales son la prueba del cumplimiento de exigencias de fondo, y que «ninguno de los documentos aportados por la parte solicitante del reconocimiento sirve para tener por cumplida dicha exigencia formal, ni, por ende, los requisitos para la homologación de la sentencia extranjera». Puede verse asimismo la STS 544/2000 de 24 mayo, AATS de 29 enero 2002 (RJ 2002\48095), 24 septiembre 2002 (JUR 2002\238620), 24 mayo 2005 (JUR 2005\133064), AAP Islas Baleares 305/2000 de 29 diciembre, STS 558/2007 de 17 mayo, AAP de Cádiz de 26 octubre 2010 (ECLI:ES:APCA:2010:1109A), las resoluciones que originan el ATS de 10 diciembre 2013 (ECLI:ES:APCA:2010:1109A): Sin documentos no hay *exequatur*.

¹¹ Por ejemplo, SSTs de 10 mayo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1485) o 21 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:963). Va en la misma línea la inadmisión de recursos extraordinarios cuando carecen de efecto útil.

acudiendo a una interpretación flexible del 241.4º LEC, como “demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso”, dado que no dejan de ser gastos imprescindibles con arreglo a la legislación, mas la lógica de las costas es hacer pagar a quien cuestiona un derecho ajeno y obliga a litigar, y este es un gasto imprescindible aunque la persona contra la que se dirige el reconocimiento no se opusiera (no se olvide que se trata de un ámbito en el que no cabe hablar de cumplimiento voluntario): Parece, por consiguiente inviable recuperar ese gasto vía costas.

Dicho lo cual, resulta que lo equitativo apunta en otra dirección (a juicio de quien esto firma): ¿Acaso no se tiene derecho a obtener una resolución construida según el sistema legal de fuentes? ¿Se puede condenar a alguien sólo por haber tenido que recurrir para ello? Al fin y al cabo, el recurso no pretendía sólo una diversa fundamentación jurídica, sino que a partir de la identificación de la norma aplicable se tendría que haber alcanzado otro resultado (la inercia es una rémora). Además, y al margen del caso concreto, conocer el marco jurídico en el que se desenvuelve el debate es tan importante que determina el sistema de recursos extraordinarios (reservado a los autos emanados en aplicación de los instrumentos de la UE, como es sabido), por lo que existe un interés legítimo. Más aun, y supuesto que hay controles inevitables en el proceso de *exequatur*, ¿se puede imponer costas por alegar motivos de orden público frente al reconocimiento, cuando son apreciables de oficio? Al fin y a la postre, lo invoque o no el demandado, es un filtro que se va a aplicar, de forma que no parece que la imposición de costas responda a los objetivos perseguidos con el instituto. ¿Acaso no sería oportuno revisar la rigidez del criterio del vencimiento?¹²

III. El núcleo del debate: ¿Podrá o deberá?

6. Con frecuencia se pierde de vista que las causas de denegación del reconocimiento o de la ejecución de una resolución extranjera no vienen sólo en el correspondiente artículo dedicado a ellas. Lo primero es atender al ámbito material de aplicación, y lo segundo respetar las normas sobre procedimiento. Tan estricto debe ser el control de tales motivos basados en la extranjería de la decisión como, por ejemplo, los que estriban en cuestiones procesales que expresan principios organizativos al servicio del buen funcionamiento del sistema. Y aquí encaja nuestro auto.

7. Como he apuntado, la clave del recurso estriba en dos palabras, la divergencia de la traducción del art. 22.1 del Convenio en los textos ruso y español: Allí donde ésta usa el verbo poder, aquella habla de deber. Anticiparé que a mi juicio es diáfano que la traducción correcta es la rusa, de modo que en el auto comentado estamos en presencia de una solicitud presentada en un órgano inidóneo para recibirla (por falta de competencia funcional) y no habría podido ni siquiera ser tramitada¹³. Las escuálidas informaciones sobre práctica del Convenio que proporcionan las bases de datos ilustran sobre cuál ha sido la práctica usual y avalan aquella conclusión de partida: La documentación se tiene que presentar

¹² Aunque lo normal es seguir el criterio del vencimiento, no es el único en los sistemas de nuestro entorno, existiendo sistemas que permiten imponer costas de forma discrecional, fórmula que probablemente sería la idónea en casos como el presente. En general, A. VALIÑO ARCOS, “Algunos aspectos relacionados con la imposición de costas en el proceso civil en el Derecho comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, 1, 2002, pp. 147 ss.

¹³ Va de suyo que no podría quedar a la decisión discrecional de las autoridades nacionales la respuesta que se haya de dar a una solicitud presentada en el sitio equivocado, porque el convenio es muy claro. Lo único que cabría es decidir de qué manera se inadmite. Cuando del asunto haya conocido un tribunal español y se desee solicitar el *exequatur* en Rusia, hay que retener que el órgano judicial se limita a recibir la solicitud, controlarla en cuanto a los aspectos formales y transmitirla, de manera que su actuación no se parece en nada a la del trámite de admisión de una demanda sino más bien al de admisión de un recurso, y en ese sentido se requeriría sólo una providencia no recurrible, mientras que en el caso de que la rechazara debería emanar un auto motivado, frente al que debe haber apelación. El supuesto del art. 22.2 es más fácil, porque ya no se habla de solicitud que haya que transmitir, sino de demanda de *exequatur*, que sigue el procedimiento normal (lo único relativamente complicado sería comprobar el domicilio...).

En otro orden de cosas, creo que es evidente que la decisión de inadmisión adoptada por las autoridades de una parte contratante ex art. 22.1 no puede afectar al cómputo del plazo para formular la solicitud (caducidad del título), que en todo caso quedará íntegramente sometida a la ley de la otra Parte, es decir, la competente.

en el país de origen de la resolución, y sus autoridades la transmiten al requerido¹⁴. Lo que tenemos que repasar es la respuesta posible si se presenta en el Estado de reconocimiento y ejecución, si existe una forma alternativa de funcionar, qué se puede hacer en esta tesitura desde el foro español.

1. Insuficiencia de las reglas sobre interpretación de los tratados: La idoneidad de corregir desde la propia regla convencional

8. De entrada, es dudoso hasta qué punto afrontamos un caso de lo que tradicionalmente se entiende como interpretación, en la medida que no se trata de dilucidar el sentido de una expresión oscura, o ambigua, o que admita diversos contenidos en cada idioma y que obligue a escoger... Esto es mucho más simple: Hay dos versiones diáfanas en su literalidad, sólo que cada una dice una cosa distinta. Es evidente que ningún juez español o ruso confrontado con el art. 22 del convenio experimentará de entrada la más mínima duda sobre lo que ahí se ordena, y sólo cuando un litigante se lo ponga de manifiesto se encontrará en la tesitura de preferir una versión (y, correlativamente, descartar la otra) o seguir ciega, acrítica e indefinidamente el tenor de la propia, consciente en este caso de que las obligaciones de los particulares serán diferentes según actúen ante unas autoridades u otras. Por supuesto que la segunda opción constituye la negación de la esencia de un convenio y que la necesidad de alineación de los textos se impone.

9. ¿Puede un juez optar por una versión distinta a la que publica su diario oficial? ¿Pudo en el caso controvertido rechazar la solicitud de *exequatur* de las sentencias rusas por aquel defecto procedimental? Básicamente la respuesta es sí, porque el convenio debería prevalecer sobre las inercias y sobre las previsiones que en su caso se contengan en la ley interna (art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados). Sólo hay que encontrar los cauces jurídicos oportunos, idóneos para que manifieste y argumente los motivos de ese apartarse del texto de la norma, motivos que puede encontrar en las reglas generales de interpretación y/o en la propia disposición a interpretar¹⁵. A mi juicio, no hay que recurrir a complejos-costosos (léase desproporcionados y, por ello, rechazables) procedimientos hermenéuticos para sacudirse la literalidad. Basta la lógica.

- a. Por muy claro que esté el punto de llegada, habrá que reconocer que subsisten algunas dificultades para descartar el texto de la norma publicada: a. Lo primero y más diáfano es que un tribunal está vinculado por la versión del tratado que aparece en el BOE; b. Considerando la carga de trabajo que pesa sobre ellos, es arduo pensar que si la expresión es clara (¿no era que *in claris non fit interpretatio*?) vayan a realizarse indagaciones acerca de si en verdad se dice eso u otra cosa; c. Sólo en presencia de un indicio de prueba suficientemente poderoso y con la iniciativa de la parte se le obligará a salir de la inercia: Frente al rechazo de la prueba inútil sancionado por el art. 283.2 LEC (¿acaso no lo es -se aducirá- la que tiende a demostrar algo tan disparatado como que donde la norma dice *puede* hay que leer *debe*?), el art. 35.5 de la ley española de tratados establece que «[l]as dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte se someterán al dictamen del Consejo de Estado (...) por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia»: Un litigante, pues, podría solicitar que se libre oficio encargando la emisión de un dictamen, según lo previsto en esa norma (sólo excepcionalmente se puede decretar de oficio, en las

¹⁴ AAP Almería de 8 mayo 2018 (ECLI:ES:APAL:2018:826A): «En el presente supuesto se presenta por el Ministerio de Justicia a través de la subdirección general de cooperación señalando que proviene de las Autoridades de Rusia. No obstante hemos de analizar el origen a efectos de decidir... (...). Y el cauce se realiza, conforme consta en el escrito del Ministerio de Justicia por Comisión Rogatoria. Por lo tanto se presenta un escrito ante las autoridades rusas que dan trámite al mismo y por ello conforme a lo previsto en el artículo 22.1 del Convenio».

¹⁵ En el art. 24 CE tiene cabida también la resolución que se aparta de los precedentes, así como la que interpreta de forma distinta a la consolidada una determinada norma. El derecho amparable es el de obtener una resolución basada en el sistema de fuentes y que no sea arbitraria, con lo que la piedra de toque se desplaza a la motivación.

- materias cubiertas por el art. 752.1 LEC), pero el *prius* será siempre que el órgano albergue dudas de interpretación (*infra*)¹⁶; d. En todo caso, va de suyo que lo que dijera ese eventual informe no sería vinculante, porque no es compatible con la independencia judicial que se impongan las interpretaciones dadas por un órgano administrativo¹⁷.
- b. El citado Convenio de Viena es punto de referencia ineludible. Condicionante previo es que aquí no hay un texto dominante. Cuando se trata de un contrato, normalmente se parte de una versión inglesa que luego es traducida: Existe un texto de base que controla, a partir del cual se puede indagar cuál fue la voluntad de las partes¹⁸. Pero cuando hablamos de convenios la situación no es equiparable, porque la regla es que ambas versiones son auténticas y valen por igual: Es el principio de base consagrado en las reglas de interpretación de un convenio con más de un idioma oficial del recién mentado Convenio¹⁹, cuyo art. 33 viene presidido por la idea capital de la igualdad entre los diversos textos, expresión de la igualdad entre los poderes soberanos que han alcanzado el acuerdo²⁰. Las soluciones concretas de los párrafos sucesivos del art. 33 tampoco aportan demasiada luz: Va de suyo que no es viable la presunción de que los términos del tratado significan lo mismo en ambas versiones (apartado 3), deseo imposible de realizar cuando dos palabras evocan conceptos tan distantes; la vaporosa invocación de los objetivos, fines, efecto útil... tampoco es *per se* determinante, porque un *exequatur* -objetivo básico- se puede lograr igual designando como competente para tramitar una solicitud a un tribunal o encomendando esa tarea a otra autoridad²¹; por último, a los trabajos preparatorios alude el art. 32, y por esa vía se podría llegar a afirmar que sí existe aquella versión dominante, pero no hay dato alguno que lo avale²².
- c. No era tan difícil despertar las incertidumbres, incluso sin saber ruso: ¿Acaso no resulta absurda la versión española de la regla del párrafo 2 del art. 22 del convenio bilateral? Visto que las normas sobre interpretación específicamente consagradas a los convenios no son útiles, lo que mejor puede arrojar luz es mirar directamente a la norma y a las de otros instrumentos del estilo que regulan procedimientos similares²³. O sea, se puede lograr una reconstrucción racional de las disposiciones sin necesidad de recurrir a instancias externas de interpretación: i) En aquellos convenios bilaterales sobre el mismo tema es una constante

¹⁶ En este tema se puede reproducir *mutatis mutandis* lo que en su momento señaló el TC a propósito de las cuestiones prejudiciales elevadas al TJ (la sentencia fundacional es la 201/1996, de 9 diciembre): Ninguna vulneración del art. 24 CE se produce (y ninguna supervisión por aquel es posible) cuando un tribunal -independiente, discrecionalmente- se niega a plantearla porque asegura no tener dudas. De la misma manera, no es viable el recurso por infracción procesal.

¹⁷ A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, 2010, p. 385.

¹⁸ El tema de la traducción jurídica cuando se parte de un texto de base es abordado por C. BESTUÉ, evidenciando la necesidad de actuar de forma creativa, alejada de la literalidad: “Translating Law in the Digital Age. Translation Problems or Matters of Legal Interpretation?”, en *Perspectives Studies in Translatology*, 2016.

¹⁹ Creo que no merece la pena dedicar demasiado espacio a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, cuyo art. 35 se remite al Convenio de Viena en este tema. Baste referirse a A. C. GALLEGU HERNÁNDEZ, “La Ley española de tratados de 2014”, en *AEDI*, n° 31, 2015, pp. 193 ss.

²⁰ En este tema es muy rico en referencias históricas y jurisprudenciales el comentario de O. DÖRR, “Artículo 33”, en O. DÖRR/K. SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlín, 2018, pp. 635 ss. Con riqueza de hipótesis, Comisión de Derecho internacional, “Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l’interprétation des traités et commentaires et relatifs”, en *Annuaire de la Commission de droit international*, 2018, vol. II. Igualmente, M. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, *Sistema de Derecho internacional público*, Cizur Menor, 2020, p. RB-4.5.

²¹ El convenio hispano ruso comienza con una referencia al Convenio de 1 de marzo de 1954 sobre el procedimiento civil, como si fuera su desarrollo. Si así fuera, serviría como elemento de interpretación. Pero nada tan incierto. Lo único que hace es complementarlo, en un sector que había quedado huérfano de atención en el de la Conferencia de La Haya (o sea, el reconocimiento y ejecución de resoluciones).

²² Sin desconocer la igualdad jurídica esencial de ambas versiones, los trabajos preparatorios pueden evidenciar que existe un texto de referencia. Es lo que ocurre en el caso del convenio bilateral hispano brasileño, presumiblemente redactado en portugués y luego traducido (deficientemente traducido): F. GARAU SOBRINO, “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, transacciones, laudos arbitrales y documentos con fuerza ejecutiva a través del nuevo convenio bilateral hispano brasileño sobre asistencia judicial”, en *REDI*, 1991, p. 582.

²³ Como destaca A. REMIRO BROTONS, tratados análogos de la misma época constituyen elementos de prueba derivados del contexto que permiten escapar de la tiranía de la letra de la norma: *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 376.

despachar el asunto con una escueta norma que a lo sumo habla de presentar la documentación ante los tribunales del Estado requerido; con una aproximación meramente superficial, el intérprete debe ser consciente de que la predisposición de una regla tan elaborada como la del hispano ruso indica -al menos- que no se ha pretendido adoptar la fórmula estándar, y -obviamente- si no es la estándar es porque aquí la solución es distinta²⁴; ii) Si en el texto español el apartado 2 dice que las solicitudes se *pueden* presentar directamente en la otra Parte contratante siempre que se den determinadas condiciones de domicilio (y aquí no hay disputa), es porque se trata de una excepción o de una regla especial que se aparta de la norma general del inciso primero. Repárese, por consiguiente, en que si en este apartado 1 se permitiera al ejecutante elegir el tribunal ante el que presentar su solicitud, el 2 sería superfluo: No hace falta predisponer una regla permisiva especial para hacer lo que ya está permitido en la regla general inmediatamente anterior. Ese “podrá” del apartado 2 no tiene sentido, pues, si en el 1 se emplea el mismo verbo e idéntico tiempo verbal: Si no existiera tal disposición, concurran o no las condiciones de domicilio del solicitante, no se echaría en falta, porque se podría presentar la solicitud ante la autoridad que se quiera. Ante esa evidencia lógica, un tribunal no puede concluir que las alegaciones del apelante son correctas, que la versión rusa es la que expresa la voluntad del legislador, que el verbo es “deberá”, que la traducción está mal hecha, en definitiva²⁵. Se puede disentir sobre la corrección de las soluciones, criticar su falta de sentido o su mayor o menor adaptación a las finalidades perseguidas, lo que se quiera; pero la norma es clara al diseñar el procedimiento²⁶.

Volviendo al principio: Un juez puede hacer decir a la norma lo contrario de lo que aparentemente dice, sin que ello sea censurable en vía de recurso o reprochable desde el punto de vista constitucional. Sólo que tiene la carga de probar que su lectura es la correcta: Todo estriba, pues, en la elaboración de la resolución²⁷. No hay alternativa en el diseño convencional del procedimiento: Cuadra rechazar las

²⁴ La excepción es el convenio con Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de 1987 dispone en su art. 24 que «La solicitud de reconocimiento o ejecución de la sentencia puede ser sometida directamente al Tribunal o a la autoridad judicial competente requerida que dictó la sentencia como autoridad de primera instancia; ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial de la otra Parte Contratante de la manera dispuesta en el artículo 3 del presente Convenio»: Si es la requerida, no puede ser la que dictó la sentencia. Parece, visto el contenido documental exigido en el apartado 2, que la idea es presentar la documentación en el Estado de origen de la resolución, por más que se use el verbo poder. El Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, de 1993 prevé en el art. 20 que las solicitudes se presenten en los órganos judiciales del Estado requerido, lo mismo que el art. 5 del Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 1989; otro tanto dígase del convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil de 1997 (art. 14.2) y del art. 19 del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 1992. Por su parte son numerosos los que se limitan a omitir una referencia específica y declarar aplicables las normas procesales del Estado requerido: Convenios con Brasil de 1989 (art. 23), Francia de 1969 (art. 13), Italia de 1973 (art. 21), Alemania de 1983 (art. 12) y Austria de 1984 (art. 13).

²⁵ O, al menos, detectar que la regla es anómala y que hay que poner en marcha el procedimiento administrativo de corrección mediante la indagación de la voluntad del legislador.

Precisión superflua: No estamos ante un problema de conocimiento del Derecho extranjero (no se pretende aplicarlo), por lo que el cauce del art. 35 LCJI es inviable.

²⁶ No es fácil conjeturar cuál sea el sentido de la norma, el por qué de esa solución diferente a la de los precedentes, si al final, con independencia del buzón elegido, los documentos terminan donde tienen que terminar. Probablemente se buscaba posibilitar el control de la suficiencia de la documentación, evitando así las devoluciones y dilaciones y aumentando con ello la eficacia del Convenio. La mayor celeridad queda salvaguardada restringiendo el control *ex art.* 22.1 a lo puramente formal, porque otra cosa sería atribuir a un órgano incompetente las funciones propias del juez del *exequatur* (como recuerda el TS respecto a este convenio, una cosa es la competencia para la homologación y otra el iter procedimental que haya que seguir: ATS 178/2000 de 18 abril): Por eso la expresión es imperativa (enviarán la solicitud, entendiendo que solicitud comprende toda la documentación requerida). De algún modo, en la medida en que puede ayudar a satisfacer un objetivo legítimo, no es del todo rechazable tal fórmula de reparto de funciones. Vendría a ser algo análogo a la relación entre el derecho al juez natural y el reparto de asuntos, donde el legislador es soberano para decidir cómo se distribuye la carga de trabajo, cómo se da efectividad al derecho fundamental: Carece de relevancia constitucional, asevera el TC, tal reparto interno de competencias, las normas sobre distribución de trabajo (ATC 13/1989 de 16 enero).

²⁷ Permítaseme un excursus sobre la reconstrucción de la norma en cuestión. Aunque no es previsible que el TC concediera

demandas mal formuladas, con la tranquilidad de que ningún perjuicio se irroga al solicitante, que podrá volver a presentar su solicitud ante la autoridad competente.

2. ¿Recursos extraordinarios?

10. Quedaría por resolver el tema de si puede un auto como este, en materia de *exequatur*, acceder a alguno de los recursos extraordinarios. Es instintivo pensar que no puede ser que no exista alguna manera de que el TS revise lo que ha hecho la AP y siente doctrina, y sin embargo no existe.

11. Ante el texto convencional silente, demos un paso atrás. El art. 17 del Convenio hispano ruso podría ser malinterpretado como expresión de la aspiración a la autosuficiencia procesal (reconocimiento y ejecución de las resoluciones “en las condiciones previstas por este Convenio”); mientras, el art. 24.1 prevé que si no hay oposición al reconocimiento las resoluciones sean reconocidas sin procedimiento adicional alguno (se supone que en este caso basta con el examen de los documentos), pero si hay oposición (como en el asunto examinado) no queda sino estar a las normas del Estado donde sea solicitado, de manera análoga a lo predispuesto en el apartado 7 del mismo art. 24 para la ejecución²⁸. Esta referencia nos lleva al art. 55 LCJI, y por ende al procedimiento y al sistema de recursos previstos en esta ley²⁹. He ahí un trampantojo, consecuencia de la falta de alineamiento de las diversas leyes: Se habla de la posibilidad de interponer los recursos de infracción procesal o de casación contra el auto de la AP en materia de *exequatur* “de conformidad con las previsiones de la LEC”. Lo real es que la disposición no puede ser entendida más que o como una frase protocolaria o como una mirada abierta a una futura -eventual- modificación normativa de la ley rituaría (nada es excluible, una vez que toda esta materia vive instalada en la transitoriedad desde hace veinte años, como muestra la DF 16 LEC), porque la realidad (la actual y la de 2015) de los recursos extraordinarios es que el acceso de los autos de *exequatur* es hoy por hoy impensable³⁰.

Llama poderosamente la atención tan generosa como teórica apertura del TS también a ese tipo de resoluciones³¹ (en la estela del art. 468 LEC -sobre recurso de infracción procesal-, que de todas for-

el amparo frente a la resolución comentada, sí que hay un pequeño resquicio para la crítica. Va de suyo que carece de relevancia constitucional la decisión sobre si un documento se presenta aquí o allí, salvo que de hecho comporte indefensión o ausencia de tutela judicial, y esto sería rarísimo (no existe el derecho a que el legislador opte por la solución que más intensamente realice el derecho fundamental). Tampoco se tiene derecho al acierto. Lo que sí es relevante desde el punto de vista iusfundamental es la aplicación de una concreta norma, esa en la que se tiene que basar la pretensión, su interpretación racional, la motivación, el respeto del sistema de fuentes. El método importa, porque, aunque no se sancione el error o el carácter más o menos discutible de la interpretación, sí se censura el desconocimiento total de las reglas interpretativas comúnmente aceptadas. La resolución fundada en Derecho incorpora el dato legal pero también las normas del razonamiento jurídico en virtud de las cuales ese dato se aplica a la realidad de los hechos. Pues bien, en la medida en que se ha respaldado una solución legal absurda, hay espacio para plantearse una eventual violación del derecho a obtener una decisión motivada y pegada al sistema de fuentes. Sobre este tema es clave la STC 23/1988 de 22 febrero. Igualmente, F. PÉREZ ALGAR, *La relevancia constitucional del método jurídico*, en *Poder judicial*, 1990, nº 20, p. 61; F. CHAMORO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, 1994, pp. 241-243. Una recopilación de jurisprudencia más actualizada (aunque todo está en las sentencias antiguas) en G. RUIZ-RICO RUIZ/M. J. CARAZO LIÉBANA, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, 2013, pp. 206 ss.

²⁸ «El procedimiento de ejecución se regulará por la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio tenga lugar la ejecución de dicha resolución».

²⁹ Que este y otros convenios (*v. gr.*, el hispano chino) guarden silencio sobre esa cuestión no es, pues, determinante, porque lo usual -lo coherente- es que se trate de un tema dejado a las leyes de cada Parte contratante, dando libertad al legislador (a diferencia de lo reglamentos europeos), que normalmente perseguirá un tratamiento igualitario de todos los litigantes al margen del cauce utilizado (sin perjuicio de que parecería razonable tratar de forma diferente el *exequatur* de una decisión procedente de un Estado con el que no existe convenio y el de las emanadas por tribunales de los Estados vinculados, restringiendo en este caso los recursos a las que lo deniegan).

³⁰ Que el tema de los recursos extraordinarios es un laberinto bañado por el sol lo demuestran los escritos doctrinales al respecto, que se ven abocados a indicaciones genéricas, en presencia de un sistema con tres patas no siempre coherentes (el articulado de la LEC, su DF decimosexta y los acuerdos del Pleno de la Sala de lo civil del TS): M. Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Art. 55”, en G. PALAO MORENO/F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (eds.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 642 ss.

³¹ *Cfr.* F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, en *CDT*, 2015, p. 177.

mas no es aplicable), pero la lectura que ha realizado el Pleno ha puesto el acento en lo extraordinario de los recursos³², de forma que -como es sobradamente conocido- sólo se admite la impugnación de los autos emanados al amparo de los instrumentos europeos y del Convenio de Lugano, por mor -se asegura- de los compromisos internacionales asumidos por España (cuando la verdad es que los arts. 50 del RBI bis, 34 del RB II bis o 33 del 4/2009 -por citar tres ejemplos- no obligaban a nada)³³.

12. Descendiendo un poco más, si se mira a los temas típicos y exclusivos del Derecho internacional privado (competencia judicial internacional, concesión del *exequatur*), comprobaremos que: i) El *exequatur* no es cuestión procesal, asevera el TS; el tema de la jurisdicción sí lo es, pero sólo puede ser objeto del recurso de infracción procesal si se ha decidido mediante sentencia, siendo así que, como la abstención de conocer se decreta por auto, en el esquema del convenio bilateral y de la LCJI, la vía del recurso queda cerrada en innumerables ocasiones, por lo tanto; ii) Declara el TS que para la impugnación de las decisiones sobre *exequatur* procede la casación (en la modalidad de interés casacional), en razón de la sustantivización de las normas de procedimiento (admitiremos sin dificultad que el control de los resultados de la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto debe recibir idéntico tratamiento)³⁴: A falta de sentencia, en el marco territorial y normativo que estoy tratando en esta nota, el auto sobre *exequatur* nunca podrá ser cuestionado, por ello.

¿Se pudo cuestionar ante el TS, en definitiva, la actuación de la AP cuando se negó a admitir que la versión española es incorrecta y concedió el *exequatur* mediante auto? ¿Puede el TS supervisar la corrección de las traducciones o arrojar luz a los conceptos usados en estos convenios bilaterales? ¿Está en condiciones de ofrecer guías de interpretación de las normas sobre *exequatur*? Para todo, la respuesta parece ser no³⁵.

IV. A modo de recapitulación (apuntes a propósito de los convenios bilaterales).

13. En un intento de elevar un poco la mirada, creo que podremos extrapolar y generalizar las enseñanzas extraídas del auto de la Audiencia de Barcelona:

1. Cuando de *exequatur* hablamos, ni los convenios bilaterales ni (menos aun) la LCJI aparecen contruidos sobre un nivel de confianza recíproca equiparable a la de los reglamentos de la UE (entre otras cosas, no es baladí el dato de que en éstos toda forma de supervisión intermedia se halla en retirada). Ello debe comportar un control escrupuloso de los requisitos predisuestos para reconocer y ejecutar una decisión extranjera. Es la única manera de saber qué tipo de producto judicial se está importando. En particular, si se previó su subordinación a la aportación de unos concretos documentos, no cabe -en caso de contienda entre las partes- flexibilidad alguna: Ni sustitutivos ni presuposiciones ni presunciones.
2. Las diferencias lingüísticas que puedan detectarse en los convenios bilaterales pueden ser resueltas (caso de ser necesario) las más de las veces merced a los instrumentos de interpretación codificados en el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados: Se puede llegar a conocer cuál fue la voluntad de los negociadores no tanto mirando los trabajos preparatorios

³² Los acuerdos suscitan dudas sobre su legalidad, pero el propio TC los ha avalado. No tiene sentido darle muchas más vueltas al tema: J. BANACLOCHE PALAO, *Los recursos en el proceso civil de declaración. Regulación y estrategias procesales*, Madrid, 2019, p. 212. Por lo demás, la exposición del sistema pergeñado por la LEC y los acuerdos es de una claridad deslumbrante (pp. 215 ss. en particular).

³³ El tema de la casación frente a autos viene muy bien explicado en el ATS de 17 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10945A).

De la misma manera que el Pleno del TS se ve obligado a admitir los recursos frente a autos porque una norma superior de cobertura lo exige (lo que no es cierto, como sabemos), no debería existir obstáculo para llegar a la misma conclusión al amparo de una ley posterior a la LEC y al acuerdo del Pleno "fundacional" (el de 12 de diciembre de 2000), no menos exigente.

³⁴ Auto del TS de 8 marzo 2005, RJ 2005\2685. Añádase el elocuente auto de 4 noviembre 2008 (RJ 2008\5892), que excluye este tipo de resoluciones de la infracción procesal por estar vedado al TS el debate sobre cuestiones de hecho.

³⁵ Nos queda el dudoso consuelo -*rectius*, la esperanza irracional- del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ, atacando la motivación ilógica o irrazonable incorporada en la resolución.

cuanto atendiendo al objeto y fin perseguido por el convenio. Otra historia es que sea realista pensar en que un juez cargado de trabajo vaya a dilatar el procedimiento para desarrollar este tipo de indagaciones, conformándose con una aproximación literal, aunque sea absurda. Por ese mismo motivo no parece en exceso útil el cauce trazado por la Ley española de tratados cuando prevé instrumentos de apoyo de carácter administrativo, cuyo dictamen, por lo demás, nunca será vinculante para el tribunal.

3. Pasar por encima de la letra del BOE es una actividad cargada de riesgos. Además, la inercia de lo que se ha venido haciendo es uno de los motores más poderosos del comportamiento judicial, así que, si mal o bien se ha conseguido resolver un problema, no será fácil que se cuestione la corrección de lo consolidado. No hay incentivos para detectar errores y corregirlos. Pero si una norma es superflua, ilógica, absurda, redundante o contradictoria, cuadra partir del postulado de que el legislador es racional, y que en consecuencia hay que reconstruirla, hacerle decir lo que debe querer decir. Eludir la literalidad, obviar el precedente es irreprochable desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La única condición es que se argumente.
4. En el caso del que he arrancado, no tiene sentido que una disposición parta de un principio general y que, acto seguido, en su apartado segundo prevea una excepción -o una regla especial, tanto da- que prevea lo mismo que aquel principio de base, sólo que sometido a condiciones inexistentes en el anterior. La falta de lógica debió hacer saltar las alarmas, pero ni un juez de primera instancia ni una Audiencia tienen incentivos para bucear a la búsqueda de una clarificación o para tomar sin más una decisión que pueda ser motejada de “revolucionaria”.
5. Desgraciadamente, el TS tampoco lo va a hacer. Fuera del espacio integrado de la UE, es muy difícil que la respuesta dada por una AP a un asunto típicamente internacionalprivatístico como el *exequatur* pueda ser controlada por él: A pesar de las buenas intenciones de la LCJI, se trata de autos que nunca alcanzan la casación (que es el recurso que según el Alto Tribunal les correspondería). No deja de ser paradójico que, para un asunto del estilo del comentado, mientras que el TJUE podría haber solventado las dudas, en un ámbito de relaciones mucho más delicado (a saber, el de los Estados terceros) no exista una autoridad unificadora.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS
DE DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO: AUTO DE LA AP DE
ALICANTE (SECCIÓN 4) NÚM. 331/2020 DE 22 DE DICIEMBRE

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CASES OF CONSENSUAL
DIVORCE: ORDER OF THE COURT OF APPEAL OF ALICANTE
(4TH SECTION) NUMBER 331/2020 OF 22TH DECEMBER

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 14.11.2021 / Aceptado:10.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6706>

Resumen: Cuando dos cónyuges residentes en el extranjero y sin nacionalidad común española presentan su demanda de divorcio consensual en España, existen instrumentos idóneos para que nuestros tribunales entren a conocer del asunto: El sistema autónomo español de competencia judicial internacional no impide los pactos de sumisión por el mero hecho de que se trate de una cuestión de Derecho de familia. Este es el error en el que incurre el auto comentado, en absoluto expresivo de una corriente consolidada o mayoritaria en la jurisprudencia patria.

Palabras clave: proceso matrimonial de divorcio, sumisión tácita, control de la competencia.

Abstract: When two spouses residing abroad and without common Spanish nationality file their consensual divorce petition in Spain, there are suitable instruments for our courts to hear the matter: The spanish autonomous system of international jurisdiction does not preclude submission agreements merely because they are a matter of family law. This is the error in which the commented order incurs, of course not at all expressive of a consolidated or majority current in the jurisprudence of our country.

Keywords: divorce process, Jurisdiction based on the appearance, examination as to jurisdiction.

Sumario: I. El litigio. II. Para un discurso articulado. 1. La necesidad de construir la respuesta a partir del RB II bis y de aplicar la LOPJ entera. 2. La libre elección de tribunal. 3. Reconstruyendo la actuación del tribunal (coordinación con la LEC). III. Conclusión: Buscando una respuesta coherente.

1. Basta echar una ojeada al reglamento 2019/1111 (RB II ter) -como paradigma de los más recientes desarrollos en la materia- para comprobar que las cuestiones estrictamente matrimoniales no suelen ser problemáticas: Cuando se trata de disolver un vínculo conyugal, hay acuerdo generalizado en que el principio del *favor divortii* está suficientemente arraigado en todos los sistemas jurídicos nacionales y en todos los planos del ordenamiento, habiéndose producido una migración desde imperio del paradigma

comunitario a un mayor individualismo en el núcleo familiar¹, con su consiguiente cuasi privatización que concede a los particulares un amplio poder de disposición². Las reglas se diseñan e interpretan conforme al principio que preside el sistema, de modo que la declaración de disolución no suele generar controversias, amoldados como están los foros de competencia judicial internacional -y, después, los criterios de conexión- a ese objetivo (las dificultades -mayoritariamente en el plano sustantivo- se instalarán en las consecuencias económicas de la ruptura y en la recomposición de las relaciones con los hijos, claro; en este punto concreto del divorcio, por lo demás, el reglamento 1259/2010 -Roma III- posibilita respuestas ajustadas a los deseos de los litigantes). Aun siendo tema crucial en tanto que elemento con potencial catalizador de competencias en sectores conexos³, no abundan, en definitiva, las resoluciones judiciales centradas exclusivamente en la dimensión competencial, y las que se han emanado operan con automaticidad: Comprobación del domicilio, raramente de la nacionalidad, y consiguiente declaración de ruptura. El auto que paso a comentar es un ejemplo de lo que debería haber funcionado mecánicamente. Aunque sea de forma excepcional, los tribunales se exceden a veces en el control de la propia competencia judicial, se quedan en la primacía de los reglamentos europeos y no van -ni ven- más allá, con lo que terminan negándose a conocer de litigios que sí entran en esa su esfera de competencia.

I. El litigio

2. Los hechos son muy sencillos: Matrimonio de ciudadano de nacionalidad española y esposa ecuatoriana, presuntamente residentes en Estados Unidos. Contrajeron matrimonio en nuestro país, donde han nacido sus dos hijas (aún menores). Desean divorciarse de común acuerdo, y a tal efecto suscriben un convenio regulador en el que manifiestan que sus domicilios se hallan en Nueva York. Cuatro meses más tarde acuden a los tribunales españoles para que ese convenio sea ratificado. En primera instancia se declara la falta de competencia judicial de nuestros órganos judiciales en base al art. 22 *quater* LOPJ, y se dicta auto absteniéndose de conocer, conclusión confirmada en apelación, en un auto sumamente escueto y lineal en el que, además, se descarta, como alegación nueva, la de que tuvieran su residencia y “un cierto arraigo” en España por ser propietarios de una vivienda situada aquí.

II. Para un discurso articulado

3. El esquema de los hechos controvertidos no es en absoluto nuevo: ¿Puede un español casado con extranjera, siendo residentes en el extranjero, solicitar el divorcio (generalmente de común acuerdo) en España? ¿Son o no son competentes los órganos judiciales patrios? Más en general, ¿es razonable poner a su disposición un tribunal europeo, justamente en consideración de aquellos objetivos básicos?⁴

Visto el generoso art. 3 del reglamento Bruselas II bis (y otro tanto dígame del Bruselas II ter) parecía casi imposible que un litigio sobre crisis matrimonial escapara al poder de un juez de un Estado miembro: Al legislador europeo le ha bastado una mínima vinculación de los cónyuges con uno de éstos para generar un foro de competencia. Y sin embargo aquí tenemos un ejemplo de ciudadanos

¹ M. R. MARELLA, “The privatization of Family Law: limits, gaps, backlashes”, en *Famiglia*, 2017, p. 614. Como pone de relieve, el triunfo del individualismo diluye esa cierta dosis de excepcionalidad que ha caracterizado al Derecho de familia dentro del Derecho privado, recogiendo en consecuencia técnicas y modos propios del sistema contractual.

² Como explica J. BASEDOW, la progresiva asunción de funciones de cuidado por parte del Estado (menores, adultos dependientes) permite reducir los obstáculos legales a la disolución del matrimonio: *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, La Haya, 2015, pp. 245-246.

³ Véase, entre otros, M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - sentencia de 15/04/2019)”, en *CDT*, 2020, pp. 790 ss.

⁴ Permítaseme recordar un dato revelador de la necesidad de introducir claridad (y de hacerlo en sentido facilitador en la medida de lo posible): Según el INE, de los 77200 divorcios declarados en 2020, 62738 fueron de común acuerdo, o sea, algo más del 81%. La mayoría de esos divorcios se resolvieron en unos tres meses; los procedimientos contenciosos duraron entre seis y once. La frecuencia de este tipo de procesos aconseja, pues, una disciplina sin espacio para incertidumbres o lagunas, so pena de reducir su atractivo.

que no alcanzan el umbral, aun presentando una innegable conexión con España. Ahora bien, el sistema Bruselas II es de dos niveles, ofreciendo dos oportunidades a las jurisdicciones nacionales para analizar y afirmar su propia competencia, sin filtro alguno en clave de “exorbitancia”, racionalidad o ajuste a los principios: Después de ese art. 3 y normas “derivadas”, vienen el 6 y el 7, y con éstos la LOPJ. Y resulta que la LOPJ tiene que ser aplicada entera⁵. La Audiencia ha sido expeditiva, basada en exclusiva en una disposición realmente diáfana (el art. 22 *quater*), pero se ha dejado de lado tanto la eventual aplicabilidad del art. 3.1.a, inciso 4º RBII bis⁶ como el resto del entramado normativo. Así las cosas, abordaré -consciente de que es terreno ya muy trabajado- la cuestión del funcionamiento de las fuentes en materia de competencia judicial y el juego de la autonomía de la voluntad y la fijación de la residencia habitual de las partes.

1. La necesidad de construir la respuesta a partir del RB II bis y de aplicar la LOPJ entera

4. El único párrafo del auto con argumentación jurídica se apoya en los foros de competencia del art. 22 *quater* LOPJ. Nada que objetar, es claro, al hecho de que se coloque en el centro del discurso la normativa aplicable. Lo único es que para llegar a la LOPJ hay que seguir un camino, y en buena lógica y escrupulosa técnica esa norma entra en juego sólo cuando ningún otro tribunal de un Estado miembro tenga competencia para conocer del asunto: Los foros reglamentarios son exclusivos (art. 6)⁷, y en esa dirección habrá que recordar que la desafortunada expresión “siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia” del mencionado art. 22 *quater* no puede significar otra cosa, porque literalmente es disparatado. Tal camino pasa por una fase intermedia en la argumentación, que no por carente de efectos en la conclusión deja de ser necesaria (por corrección en la fijación del círculo hermenéutico y porque de cara a ulterior recurso hay que poner de manifiesto de forma exhaustiva cuál es⁸): Había que explicitar la tan reiterada inexistencia. Chequear si el art. 3 atribuye el conocimiento de la causa a algún juez de la Unión exigía verificar dónde tienen su domicilio los litigantes (¿y si lo tenían en España?), y no parece que se haya hecho. Dejaré aparcado este tema, sobre el que volveré más abajo.

5. Asumiremos empero -y a efectos puramente expositivos- que los cónyuges carecen de residencia en España y que hay que acudir al art. 22 *quater* LOPJ. Pero tan cierto es que la tan citada disposición reproduce con formulación unilateral el art. 3 del RB II bis -de modo que el resultado de la aplicación de una y otro no puede diferir⁹- como que al dar entrada a las legislaciones nacionales afluye

⁵ El modélico AAP de Madrid de 21 noviembre 2008 (ECLI:ES:APM:2008:16339A) abordaba un caso muy parecido: Divorcio de común acuerdo de cónyuges de nacionalidad española y argentina residentes en Argentina. En primera instancia el juez se declara incompetente *ex art. 3 RB II bis*. La Audiencia le reprocha haber agotado ahí su búsqueda, no haber explorado las competencias residuales y por ello «debe prevalecer el foro al que las partes se han sometido, y ello ya sea en un procedimiento consensual o contencioso, y *prescindiendo igualmente de la nacionalidad de los cónyuges*» (cursiva propia).

⁶ Recuérdese, la residencia de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta.

⁷ Y la sentencia del TJUE de 29 noviembre 2007, asunto C-68/07, Sundelind c. López (ECLI:EU:C:2007:740). El RB II ter elude la palabra exclusiva, pero refunde los arts. 6 y 7, conservando sus normas al reproducir el primero en el nuevo art. 6.2. Nada cambia. Por ello, insistir en la transcendencia práctica de la modificación me parece exagerado (M. Á. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111”, en *Millenium Derecho internacional privado*, nº 12, pp. 17 ss.).

⁸ Para entrar en los terrenos del art. 7 RB II bis la argumentación se basa en explicar por qué se concluye que no concurre una residencia habitual en ningún Estado miembro o no se tiene una nacionalidad común; para instalarse en la LOPJ hay que justificar por qué se tiene en España.

⁹ Por supuesto que no es la misma situación en ordenamientos que han acogido foros diferentes para la materia: Véase al respecto 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)*, JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37, versión final de 3 de septiembre de 2007, pp. 96-97. Austria, Bulgaria, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Eslovaquia y Suecia abren sus tribunales a los propios nacionales. El art. 32 de la ley italiana de derecho internacional privado añade en esta materia el foro del lugar de celebración del matrimonio en Italia (el 43 de la belga sólo para la nulidad matrimonial). En países como Austria, Alemania, Grecia o Estonia es suficiente la nacionalidad en el momento de contraer matrimonio, aunque después se haya perdido. Ese estudio

en tropel todo el sistema autónomo, no necesariamente basados en los mismos objetivos (de hecho, otros legisladores se muestran proclives a diseñar criterios idóneos para permitir a los propios ciudadanos el más fácil acceso a sus tribunales) y principios: En particular, existen en la ley española dos claves relevantes a las que no se ha prestado atención, a saber, la autonomía de las partes y el *forum necessitatis*, y, si bien es cierto que previsiblemente no es necesario acudir a ésta¹⁰, la primera es elemento idóneo para afirmar la competencia del tribunal español.

2. La libre elección de tribunal

6. Más allá de las razones que abogaban por una disciplina diferente, el dato normativo claro es que el legislador europeo termina por mostrar una propensión más bien escasa hacia la introducción en el sistema Bruselas II de una regla que admita el pacto de prorrogación de la competencia¹¹. El tema fue discutido, de modo que la respuesta del legislador nunca podría ser calificada como poco reflexiva o producto del azar. La historia que va desde el libro verde de 2005¹² hasta el reglamento 1111 de 2019 es la de acelerón y freno¹³: i) El primero ponía de manifiesto los riesgos de falta de seguridad jurídica y de previsibilidad, el incentivo de la carrera al tribunal y de falta de tutela de los ciudadanos de la UE residentes en un Estado tercero derivados de la no admisión de la autonomía, abogando claramente por la revisión de los criterios de competencia para admitir el pacto, si bien limitado; ii) La propuesta de reforma de 2006 intenta garantizar el acceso a los tribunales europeos cuando exista suficiente vinculación, e introduce la prorrogación de la competencia en su art. 3; iii) En 2016 se vuelve al texto adoptado en 2003; y iv) La versión de 2019 (actualmente vigente) rechaza la prorrogación de la competencia en cuestiones matrimoniales, ni siquiera en divorcios de común acuerdo¹⁴.

recoge previsiones como el foro de la última residencia habitual en un Estado miembro, la estrecha vinculación con el foro, eventualmente unida a la nacionalidad de uno de los cónyuges, el hecho de que el divorcio sea posible de acuerdo con la ley del foro pero no según la ley de la nacionalidad de los esposos o el *forum necessitatis* (aquí se incluye el caso del solicitante que no puede iniciar el procedimiento en el extranjero). El problema detectado en su momento estribaba precisamente en las diferentes respuestas dadas por los sistemas nacionales en hipótesis como éstas, lo que se convertía en fuente de falta de previsibilidad y dificultades de acceso a la justicia: Cfr. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Comentario al art. 6”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 106.

¹⁰ Y no lo es porque no parece que cupiera duda de que los cónyuges tenían residencia habitual desde hacía más de un año en Nueva York, a los efectos de la sección 230(1) de la *Domestic Relations Law*. El problema (y la necesidad de acudir a instrumentos excepcionales) habría surgido y surge cuando no exista tal residencia: Valga el ejemplo -y la disección- que propone A. LIMANTE en “Prorogation of Jurisdiction and Choice of Law in EU Family Law: Navigating through the Labyrinth of Rules”, en *JPIL*, 2021, pp. 334 ss.: Matrimonio de italiano y portuguesa celebrado en Francia. Han vivido en Georgia, Suecia y actualmente en Austria, pero el trabajo del marido le lleva a ir rotando entre las sucursales de la empresa matriz italiana para la que presta servicios y no hay duda de que en un breve plazo volverá a ser trasladado. Si quisieran divorciarse ahora, el tribunal austriaco tendría que abstenerse de conocer, lo que es tanto más perjudicial cuanto que el foro de la crisis matrimonial funciona o puede funcionar como catalizador (léase racionalizador) de otras cuestiones conexas (responsabilidad parental, alimentos, régimen económico), al menos en los países vinculados a los correspondientes reglamentos.

Es en efecto el caso paradigmático de aplicación de las competencias residuales del art. 7 RBII bis al que aludía el mencionado estudio de 2007 (p. 95). No deja de ser llamativo que para un supuesto netamente europeo el reglamento no pueda ofrecer una respuesta propia y haya que estar a las leyes internas. Va e suyo que si el legislador europeo optara por elaborar un texto autosuficiente, sin remisiones a las leyes nacionales, tendría que admitir el *forum necessitatis*: Cfr. T. KRUGER/L. SAMYN, “Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements”, en *JPIL*, 2016, p. 140.

¹¹ La más reciente manifestación de calado en favor de la admisión de la regla de la autonomía es la *Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce* adoptada por el GEDIP en su reunión de Katowice de 15 de septiembre de 2019, cuyo art. 5 recoge una limitada capacidad de elección (en todo caso expresa).

¹² Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, de 14 de marzo de 2005. COM(2005) 82 final, pp. 4-6.

¹³ Un resumen bastante completo en F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, pp. 77 ss.

¹⁴ El auto del TJ de 3 octubre 2019 (asunto C-759/18; ECLI:EU:C:2019:816) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad y/o relevancia de la sumisión tácita en el art. 3 RB II bis (no veo cómo, la verdad), pero la existencia de nacionalidad común de los litigantes lo hizo innecesario.

7. Mas el legislador patrio es soberano en este tema. Los pactos expresos de prórroga de la competencia en favor de los tribunales españoles no fueron excluidos en materia matrimonial. Pudo optar por otra solución en la LOPJ y lo hizo: Aquí la admisión de la autonomía es general y sólo se excluye su juego en presencia de foros exclusivos¹⁵, dejando claro en el apartado 2 del art. 22 bis que la relación jurídica a la que se refiere el acuerdo puede ser contractual o no contractual¹⁶. Si era consciente o no de lo que estaba haciendo es otro tema (no se pierda de vista que desde 1985 hasta la reforma se habían vertido muchas opiniones que sin duda no desconocía: Estaba en condiciones de zanjar el debate, corregir la orientación jurisprudencial más liberal, y no lo hizo), pero la norma está ahí, nada obliga a adherirse a las posiciones reglamentarias, y el hecho de que se trate de una cuestión de familia no legitima para introducir una interpretación limitadora que excluya la posibilidad de acuerdos procesales, y que sería ajena al diáfano texto legal¹⁷. De hecho, es lo más coherente con el resto del ordenamiento (véanse los propios reglamentos europeos)¹⁸.

Ahora bien, aunque no existan restricciones en cuanto a la materia, cuando hablamos de sumisión expresa sí que podría dudarse sobre las exigencias formales, porque los incisos tercero y cuarto de esa disposición se preocupan de imponerlas, y del relato de los hechos no parece desprenderse que se haya acordado nada por escrito (valdría, por ejemplo, un acuerdo prenupcial) o que existiera un intercambio de mensajes en tal sentido (ciertamente sería inaudito, por atípico). Sin embargo, el mencionado art. 22 bis LOPJ amplía las fórmulas posibles, de manera que cabría plantearse si no vale como ejercicio de autonomía la presentación de una demanda de divorcio de forma conjunta, o de un cónyuge con el consentimiento del otro. Permítaseme un breve excurso: Creo que no es dudoso que nuestro legislador se ha limitado a copiar de forma bastante tosca el art. 25 del RB I bis, sin advertir que la diferencia entre

¹⁵ No es cierto que esta norma tenga una aplicación marginal porque prevalezca en este tema el art. 4.1.a.IV (*sic*) RB II bis, más que nada porque este artículo habla de reconvencción. Si lo que se pretende es referirse al art. 3, estaremos de acuerdo en que no puede haber prevalencia de una regla que admite una forma de autonomía tan limitada que la restringe a la posibilidad de acudir al domicilio de una de las partes, más que nada porque en la LOPJ no existe ese límite: Esa lectura en F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La ley mercantil*, nº 17, 1 de septiembre de 2015, p. 3. En lo que sí lleva razón es en que se impone la interpretación con alcance derogatorio del requisito de no contrariedad a los arts. 22 *quater* a *septies*. En el mismo sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2020, p. 344.

¹⁶ Hay dos razones de peso para aceptar el foro de la autonomía, a saber, uno de protección (ampliar las posibilidades de obtener un determinado resultado en favor del grupo de personas seleccionado, sobre todo teniendo en cuenta la propensión a aplicar la ley del foro de nuestros tribunales -tendencia no exclusiva española: *V. gr.*, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy in International Family Law”, en *RCADI*, vol. 408, 2020, p. 313-) y otro de economía (fomentar el negocio del divorcio: El 20 de noviembre de 2012 informaba *Europa press* de cómo el alcalde de Londres, Boris Johnson, animaba a los potentados del mundo presentar sus demandas de divorcio en su ciudad, convencido de que eso reactivaría la actividad económica).

¹⁷ El tema ha sido abordado por R. ARENAS GARCÍA en *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 39 ss., con abundantes referencias jurisprudenciales favorables al juego de la autonomía. Recientemente, en el mismo sentido, A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho internacional privado*, Murcia, 2021 p. 508.

La disolución del vínculo conyugal no es materia indisponible: Simplemente, no está en manos de las partes decretarla de forma autónoma, siendo imperativa la intervención de una autoridad. Pero la decisión es suya e incondicionada, y de hecho con la mera admisión de la demanda de divorcio se producen efectos equivalentes a los de la disolución del vínculo. Viene ello a colación porque se alzan voces contrarias a la admisibilidad de la prorrogación de la competencia por ser materia indisponible (aun reconociendo que ese es un pacto procesal), extendiendo esa solución a aquellos asuntos en los que no cabe la prórroga de la competencia territorial (J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles del orden civil*, Valencia, 2006, pp. 91-92). La evolución de la normativa sobre divorcio avanza justamente en el sentido de que los cónyuges son soberanos, hasta el punto de poder prescindir de la intervención judicial en caso de que no haya hijos menores o incapaces, configurándolo como un acto de jurisdicción voluntaria. Hace bastantes años ya se puso de manifiesto que tal y como está configurado el divorcio en el Derecho español, probablemente no es necesario ni siquiera un procedimiento judicial: I. TAPIA FERNÁNDEZ, “El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio. ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?” en *Aranzadi civil*, 2006, nº 1, p. 21.

No cabe tampoco extrapolar al plano internacional las soluciones sobre competencia territorial de la LEC, porque ello conduciría al rechazo de casi cualquier posibilidad de pacto y al desconocimiento de la primacía de los criterios de competencia judicial internacional. Además, el art. 769 LEC no requiere inexorablemente el domicilio en España de las partes (entre otras cosas porque encajaría mal con el foro de la nacionalidad común, conocido desde siempre en nuestro sistema).

¹⁸ Lo incoherente es el RB II bis. Actualmente, si lo del art. 12.3 no linda con la elección de tribunal, poco falta. En el futuro inmediato, que quepa la elección del tribunal en materia de responsabilidad parental en el RB II ter y no en disolución del vínculo es una incongruencia de proporciones cósmicas.

las materias a las que este se refiere y el extenso ámbito de aplicación del art. 22 bis genera incerteza. Trasladar sin más corrección los requisitos formales pensados para el tráfico mercantil a las crisis matrimoniales es arduo, como mínimo (en materia de crisis matrimoniales, por definición, no se puede hablar de una “forma que se ajusta a los hábitos establecidos entre ellos”, ni de los “usos generalmente observados”: Se impone por consiguiente una lectura poco pegada a la letra de la norma). Al fin y al cabo, con las exigencias de forma se trata de asegurarse de cuál ha sido la voluntad de los litigantes, y de la misma manera que en la jurisprudencia interpretativa del art. 25 RB I bis late el objetivo de posibilitar los pactos, no interferir demasiado y asegurarse de que esa voluntad ha sido libremente formada y expresada, sin tutelas, en el asunto ahora considerado difícilmente se puede afirmar que no existe tal voluntad, cuando dos cónyuges se ajustan para actuar de consuno. Si hay algo claro es que el legislador ampara lo que los litigantes tengan a bien decidir, y tal vez no haya hipótesis más neta que la de la solicitud conjunta de divorcio. De otro lado, aquella referencia al intercambio de escritos de demanda y contestación del apartado cuarto del art. 22 bis párrafo 2 interpretada estrictamente impediría el acuerdo sumisorio cuando no exista contienda, debiendo ser por ello entendida (reinterpretada) como manifestación de sumisión expresa en caso de solicitud conjunta: Aunque es evidente que no existen en un divorcio consensual, sería absurdo que esa modalidad cupiera sólo en el contencioso. El sector afectado, pues, obliga a releer y adaptar las reglas de competencia.

8. Y, por supuesto, es posible la tácita. Si lo anterior no convence y se niega que quepa y hubiera en el caso estudiado sumisión expresa (dicho con alcance general, que no hay sumisión expresa por la mera solicitud de divorcio de común acuerdo) y/o que las deficiencias formales son tales que nuestros tribunales no son competentes por esa vía, queda el número 3 del art. 22 bis LOPJ, que ampara sin restricciones la idoneidad de un acuerdo tácito entre los litigantes. Va de suyo que no encaja esta forma de actuar en la literalidad del art. 56 LEC (no hay demanda y contestación), mas sería absurdamente patológico obligar a las partes que deseen ubicarse bajo su cobertura a seguir cada paso de los previstos en la ley rituaría, iniciando un procedimiento contencioso aunque se haya alcanzado un convenio regulador.

9. Se podría finalmente aducir que siempre hay un límite implícito al pacto, y es el fraude de ley o procesal y el abuso de derecho¹⁹. Al fin y al cabo, la conocida tendencia de los tribunales a aplicar su propia ley hace especialmente atractiva la adecuada selección del foro (*forum shopping* y *law shopping* suelen ir de la mano²⁰), y que se haya pretendido la aplicación del Derecho más favorable para los intereses de ambas partes es bastante probable. Lo malo es que cabe negar la mayor, porque no hay nada fraudulento o abusivo: i) Ante todo, habría que probarlo, y no hay ni un solo indicio para afirmar esa conclusión; ii) En nuestro sistema no cabe la posibilidad de abstenerse porque se trate de un *forum non conveniens*²¹; iii) Pero es que ni siquiera se ha creado artificialmente una apariencia de vínculo con el foro español, ni se ha ocultado dato alguno, ni se ha intentado una maniobra dilatoria²²: No era necesario; iv) Al fin y al cabo, el propio auto reconoce la existencia de elementos de estrecha vinculación entre los litigantes y nuestro foro (la nacionalidad de uno de ellos, el “arraigo inmobiliario”; nada se dice de la constancia registral de ese matrimonio y del futuro divorcio), y no en vano ya se ha visto que la nacionalidad de uno de los cónyuges es un criterio residual de competencia en ordenamientos de nuestro entorno, y uno de los manejados en los trabajos preparatorios del RB II ter; v) La preferencia por la aplicación de nuestra ley no es reprochable, más que nada porque satisface el nivel de exigencia

¹⁹ Es muy interesante la reconstrucción que hace la *Family Court Division* en *Rapisarda v Colladon (Irregular Divorces)*, sentencia 30 septiembre 2014 en la que discute sobre la existencia de ese límite hasta el punto de anular 180 divorcios ya pronunciados al amparo del RB II bis. En nuestro Derecho no parece dudoso que ese control sea también exigible en todo caso.

²⁰ F. FERRARI, “Forum (and Law) Shopping”, en J. BASEDOW y otros, *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/Northampton, 2017, pp. 790 ss.

²¹ *Cf.* J. ALONSO CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 94.

²² No es baladí recordar que -en lo que afecta a nuestra disciplina- se ha apreciado fraude o abuso en situaciones de litispendencia o de ocultamiento del domicilio del demandado, nunca cuando se ha pretendido que nuestros tribunales son competentes: Valgan como ejemplo las sentencias del TS de 26 noviembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5153) o la de la AP de Barcelona de 29 marzo 2021 (ECLI:ES:APB:2021:4500).

establecido por el legislador europeo en el art. 5 del reglamento Roma III (sería uno de los sistemas jurídicos elegibles): ¿Es censurable, pues, que un ciudadano español pretenda que se le aplique a su divorcio el Derecho español? Y si después lo declarado carece de eficacia transfronteriza, es asunto que debe preocupar a las partes, no al legislador español (*mutatis mutandis*, vale lo que en su momento dijo la DGRN sobre riesgo de matrimonios claudicantes²³).

De lo anterior se deduce que cuando dos cónyuges residentes en el extranjero (Estados terceros) desean tramitar su divorcio ante nuestros tribunales, el ordenamiento español pone a su disposición instrumentos procesales idóneos para investirlos de competencia²⁴. Por supuesto, su nacionalidad es irrelevante^{25, 26}. Dicho de otro modo: De los casos no cubiertos por el RB II bis, desvinculados de los Estados miembros por tanto, pueden conocer los órganos judiciales españoles *ex LOPJ*, con lo que en el espacio europeo es imposible—por una u otra vía—no obtener un pronunciamiento de divorcio: Es la más pura coherencia con los principios de base.

3. Reconstruyendo la actuación del tribunal (coordinación con la LEC).

10. Los cauces empleados por el tribunal alicantino para llegar a aquella conclusión son a mi juicio poco transparentes.

Lo primero, una perplejidad: A tenor del art. 22 *octies* LOPJ, los jueces españoles han de abstenerse de conocer de un asunto cuando su competencia no derive de uno de los foros previstos en nuestras leyes, pero la norma opera en conjunción con lo visto hasta ahora, es decir, salvaguardando siempre la libertad de prorrogación de las partes. Habiéndose abstenido de oficio, todo parece indicar que en el plano procesal interno se ha actuado al amparo del art. 36 LEC (recuérdese que el ministerio fiscal no actúa como parte —art. 749 LEC— y por lo tanto no podemos estar en el marco del art. 39 LEC). Y como —según parece—no se ha dado la oportunidad a las partes de someterse tácitamente a los órganos judiciales españoles, tal y como prevé el apartado 3º del párrafo 2 del citado art. 36, concluiremos —por descarte— que se ha actuado bajo la cobertura de la causa segunda del art. 36.2, o sea, que a juicio del tribunal de primera instancia y de la AP se debía inadmitir la demanda *a limine* porque el conocimiento del asunto está atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado por un convenio internacional²⁷. Sería interesante saber cuál es este (más que nada porque cuando la resolución es caprichosa en el manejo de las fuentes se causa indefensión); desde luego, el RB II bis —único instrumento internacional en la materia— no hace tal cosa²⁸.

Segundo, una certeza: Es claro que si el caso hubiera encajado en los parámetros de aplicación del RB II bis el recurso al cauce establecido en el art. 36.2 LEC se imponía, con independencia de que la solicitud hubiera sido presentada de común acuerdo. Sólo habría que dar audiencia a las partes (art. 38), entendiendo esa expresión en función de los intereses en juego, o sea, que cuando los cónyuges actúan de común acuerdo —sea bajo la misma o distinta representación—, aun no siendo propiamente partes (desde luego, no existe demandado), en la medida en que ambos son interesados que ya están interviniendo en

²³ Resolución-circular de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

²⁴ Operando al margen del RB II bis, repito.

²⁵ De nuevo, AAP de Madrid de 21 noviembre 2008.

²⁶ Se impone una precisión sobre el divorcio notarial: Que los foros de competencia del RBII bis sean trasladables a esta hipótesis es claro, y más a la vista del considerando 14 del RBII ter (al respecto permítaseme remitir a C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: Cuestiones de derecho internacional privado”, en *Revista jurídica de Cataluña*, 2021, pp. 343 ss.); en defecto de aplicación de las normas europeas habrá que estar a los criterios de la LOPJ, entre los que se incluye la autonomía de la voluntad (en contra, la misma autora en p. 346, con una argumentación a mi juicio no demasiado florida). Los criterios del art. 54 LN valen para individualizar a un notario territorialmente competente, no para delimitar cuándo puede intervenir un funcionario español en un caso con elementos de extranjería (entre otras cosas porque privarían de eficacia a los criterios reglamentarios, por esencia prevalecientes).

²⁷ Sólo en la segunda hipótesis del art. 36 LEC se puede eludir la notificación al demandado y resolver con quienes estén personados, desde el momento que a la inmunidad se puede renunciar y la referida a la incomparecencia del demandado (que es la que cuadra con los procesos matrimoniales) se basa precisamente en tal notificación.

²⁸ Precisión innecesaria: en el RB II bis no hay competencias exclusivas en materia matrimonial, por más que se utilice esa palabra en el art. 6. Tal vez el Tribunal se ha desenfocado por esa expresión.

el proceso, corresponde dar a los dos la oportunidad de realizar alegaciones, de la misma manera que cuando se trate de la actuación de uno con el consentimiento del otro parece razonable entender que tal actuación coordinada expresa una afirmación de competencia, que se ve contradicha y sobre la que algo tiene que decir también el no personado. A mi juicio, por el contrario, no tiene sentido en el caso de una demanda de divorcio contencioso dilatar trámites, cuando al fin y al cabo la conclusión es diáfana desde el primer momento.

11. Luego, una desazón: Admitida la posibilidad de que los cónyuges puedan someterse a los tribunales españoles (premisa necesaria e indiscutida), queda abarloar la LOPJ y la LEC (sigo hablando en todo caso de procesos matrimoniales).

Existe una patente dificultad para encajar los supuestos de divorcio de común acuerdo en el esquema de la sumisión tácita: Negar que la solicitud de divorcio presentada por ambos cónyuges debe equivaler a acuerdo expreso nos coloca ante la imposibilidad de trasladar los elementos estructurales de tal forma de sumisión al ámbito considerado (la inhibición de oficio no tiene cabida en el sistema patrio). En tal tesitura, el tribunal habrá comprobado si concurre algún criterio objetivo sobre el que fundar su competencia²⁹, habrá concluido que no es así, habrá notificado al demandado y habrá dado un plazo de espera a ver cuál es su reacción. Ahora bien, ¿de qué demandado se habla cuando se presenta una solicitud de divorcio de común acuerdo? No es baladí que el art. 777 LEC -que, va de suyo, entra en funcionamiento una vez admitida la demanda y por tanto afirmada la competencia del tribunal español- no habla para nada de notificar a ninguno de los cónyuges, a diferencia del 770 que explícitamente recupera las normas del proceso verbal. Dicho de otra forma, en puridad, la única acción posible después de presentar una demanda conjunta sería controlar la validez sustantiva del pacto atributivo de competencia, implícito en ella e impecable desde el punto de vista formal.

12. Quedan en fin algunas cuestiones concretas de orden procedimental:

- a. Si en el momento de la ratificación del convenio una parte se negara a aceptar alguno de los pactos (sustantivos), se archivarán las actuaciones y a los esposos no les quedará otra vía que instaurar un procedimiento contencioso (art. 777.3 LEC). Aunque no haya razones para retener que el acuerdo procesal no deba permanecer incólume (quien acepta la competencia de un tribunal español para un divorcio de común acuerdo seguramente la aceptaría para el contencioso), por mucho que el rechazo se proyecte sólo sobre los aspectos disciplinados por el CC y no los procesales, por muy razonable que sea mantener la eficacia del pacto procesal, en fin, son procedimientos diferentes y la extinción de un procedimiento comporta la pérdida de eficacia del pacto sumisorio concebido para el anterior (salvo que claramente se deduzca otra cosa).
- b. A mi juicio, si en una solicitud de común acuerdo uno de los cónyuges se niega a ratificar el acuerdo basándose exclusivamente en una presunta falta de competencia del tribunal español (por ejemplo pretextando que esa resolución carecería de eficacia transfronteriza), no debe dársele relevancia en este punto, es decir, no desaparece la sumisión, porque admitir esto equivaldría a respaldar la facultad de ir contra los actos propios: No sólo se ha pactado un convenio (sustantivo), sino que implícitamente existe un acuerdo procesal. Aceptada la competencia de nuestros tribunales en base a la prórroga, está claro que no se puede volver a discutir sobre el tema. Los cambios de opinión que abren la puerta a comportamientos oportunistas no caben en el sistema de competencia. Dicho de otra forma, en el trámite de la ratificación se pueden admitir alegaciones de fondo, nunca de orden competencial.

²⁹ Siguiendo el cauce del art. 404 LEC, de forma que será el letrado de la administración de justicia quien haya de tomar la iniciativa en ese control y someterlo todo a la decisión final del juez. No parece dudoso que este trámite se impone en todo caso, por mucho que la disciplina del supuesto de divorcio sin hijos menores o incapaces del art. 777.10 LEC pueda traslucir lo contrario al dejarlo todo en manos del letrado de la administración.

Por lo demás, en esta fase en la que el secretario da traslado al juez de la demanda no parece que quepa un examen exhaustivo o la solicitud de informaciones procesales adicionales a las aportadas en la demanda y demás documentos (*infra*).

- c. Habiendo admitido la viabilidad de los pactos procesales, no será arduo aceptar que en la fase inicial del procedimiento las partes no tendrían nada que acreditar ni demostrar respecto a los extremos en que se funda la competencia judicial, bastando que conste la voluntad de sumisión (*rectius*, es suficiente con la no impugnación de la competencia). No es aplicable a este tema el art. 777.4 LEC (concesión de plazo para aportar prueba), ni debe ser necesario acudir a la iniciativa probatoria del 752.1 LEC³⁰: Cuando ese artículo rechaza la conformidad de las partes sobre los hechos no parece que esté pensando en otra cosa que aquellos extremos fácticos que determinan el sentido del pronunciamiento judicial para los asuntos de fondo -los ineludibles del art. 103 de nuestro CC, porque lo que está en juego escapa a su disponibilidad y queda condicionado por la búsqueda del interés del menor y, en general, por razones de interés general-, no lo procesal, en tanto que pretender que la elección indirecta de un tribunal español -siempre en los asuntos que escapan a la aplicación del RB II bis³¹- mediante la indicación en la demanda de aquel lugar pueda perturbar ese interés no tiene cabida lógica, si al fin y al cabo quien puede lo más puede lo menos (o sea, no sólo en las materias aludidas en el párrafo 4)³². Recuérdese que la asunción de que los cónyuges tienen una determinada residencia no supone automáticamente que los hijos la tengan en el mismo lugar (el art. 12 RB II bis es un buen ejemplo de que acumular competencias es conveniente pero no inexorable), y ahí sí que se justifica la exhaustiva investigación y la iniciativa del órgano judicial.
- d. Si en una demanda de divorcio contencioso se afirma la competencia sobre la base de la concurrencia del requisito objetivo de la residencia habitual y/o la nacionalidad, puede darse que surja contienda en cuanto a su realidad (siendo la noción de residencia habitual esencialmente inaprehensible, será sin embargo extraño que se dude respecto a la nacionalidad, criterio poco proclive a alojar incertidumbres), si el letrado de la administración de justicia alberga dudas sobre su efectiva concurrencia (i), o si el demandado impugna los datos fácticos en que se basa (o sea, no hay sumisión tácita, que por supuesto también cabría en estos casos) (ii). A este respecto: (i) Recuérdese que el art. 770.1^a LEC no exige prueba alguna de estas cuestiones (la referencia a “documentos en que el cónyuge funde su derecho” no está, es claro, pensando en ello), bastando las menciones generales de la demanda (art. 399 LEC). Si surgen dudas a partir de su lectura (por ejemplo, datos contradictorios), no parece que sea necesario dar cuenta al juez para que decida sobre su admisión o no (art. 404), porque no cabe la inadmisión. Podrá ofrecerse al actor -a lo sumo- la oportunidad de precisar esos elementos de hecho, resolver contradicciones, disipar dudas (el art. 231 LEC habla de subsanar), pero no hasta el punto de generar superfluas dilaciones³³. Tampoco tiene sentido en este momento acudir a la facultad reconocida en el art. 752.1 LEC para que el juez investigue sobre la realidad de los hechos. En todo caso, tanto si se consigue obtener informaciones sobre aquellos

³⁰ La disciplina de la forma en que se desenvuelven las actuaciones demuestra que al legislador no le preocupa este tema de la competencia judicial internacional (no podría ser de otro modo), de suerte que la aprobación de un convenio se condiciona sólo a la ratificación y al control de pactos sustantivos.

³¹ Cuando sea este el texto aplicable parece lógico pensar que frente a la afirmación de la parte de tener su residencia en tal o cual lugar el juez español dispone de instrumentos de corroboración, si de la documentación obrante en autos se desprende una discordancia con la realidad (véase en seguida) o los datos no son fiables (por ejemplo, AAP Madrid de 31 enero 2012, ECLI:ECLI:ES:APM:2012:2375A, donde se subraya la antigüedad del documento de capitulaciones). El art. 752.1 LEC tiene que funcionar sin margen de discrecionalidad, al servicio del rechazo general de la autonomía consagrado por el legislador europeo. Es cierto que la regla 4^a del art. 770 LEC no piensa en este tipo de pruebas, pero es que esa norma no piensa en un proceso con elementos extranjeros: No hay otro momento ni otro modo para practicarlas.

Otra cosa es que sea legítimo (economía procesal) poner en duda esa afirmación si al final el resultado es negar la competencia en base a criterios objetivos y aceptarla en virtud de elección.

³² Reténgase que la acumulación de asuntos ante el tribunal que conoce del divorcio (responsabilidad parental en particular) está garantizada merced al juego de la autonomía.

No dejaría de ser paradójico por lo demás que se admita que el tantas veces referido art. 12.3 y 4 RBII bis funde un mecanismo eurocéntrico de acumulación en base a criterios básicamente evanescentes y que sin embargo se cuestionaran las afirmaciones de la parte orientadas en idéntica dirección.

³³ Las dudas en cuanto al domicilio del actor carecen de la entidad de las que puedan suscitarse frente a la residencia del demandado, por su importancia en sede de notificaciones.

extremos (sea en sentido confirmativo o no) como si no, lo que procede es notificar al demandado, para que valore la idoneidad -en esta última hipótesis- de someterse a los tribunales españoles. (ii) En segundo lugar, si la contraparte se opone a la competencia del tribunal español en base a la inexistencia de residencia o nacionalidad, la vía es siempre la declinatoria (art. 39 LEC), debiendo aportar al efecto la prueba de cuál es la real (art. 65.1 LEC), desde el momento en que no se puede probar un hecho negativo más que acreditando aquel que lo contradice³⁴. Ahora sí que es idóneo el expediente del art. 752.1.2 LEC, necesario para que el tribunal alcance una conclusión. De otro lado, la incomparecencia a la vista tiene consecuencias sólo en el ámbito patrimonial (art. 770.3ª LEC), sin posibilidad de trasladar sus efectos a los hechos en que se funda la competencia.

- e. Permítaseme un excursus pegado al caso del auto comentado, volver al interrogante de partida: ¿Y si los litigantes tenían su domicilio en España? ¿Qué datos son los que tiene que atender un tribunal para poder hablar de residencia habitual? Se supone que el trámite de admisión de la demanda no da para más que un examen superficial, formal, y que las controversias sobre competencia judicial serán estudiadas *in extenso* sólo si el demandado se opone a lo afirmado por el actor, y respalda su oposición con prueba bastante. Mientras tanto, lo que afirme un demandante a ese respecto tiene una importancia relativa, y sólo cuando se formule declinatoria cambia el panorama. En esa tesitura, habrá que estar a la prueba que se aporte junto con el escrito de la declinatoria, quedando reservada la iniciativa del tribunal para los supuestos de dudas irresolubles (flagrante inconsistencia o contradicción entre las afirmaciones vertidas en la demanda y los documentos aportados, si las alegaciones del demandado son verosímiles pero no concluyentes, o si los documentos son muy antiguos). En el asunto considerado el tribunal ha entendido que debe controlar de oficio su competencia (erróneamente, pero eso ahora da igual), pero no parece que haya hecho nada más. Creo que es exigible antes de tomar una decisión tan radical como la inhibición investigar cuál es la realidad, usar la iniciativa probatoria, comprobar si en efecto se reside en tal o cual sitio, no limitarse a uno de los documentos aportados por los solicitantes y a prescindir de las alegaciones de la solicitud y otras eventuales pruebas. ¿Por qué se cree el tribunal español lo que se dijo en capitulaciones matrimoniales o en un convenio regulador y no lo que se dice meses más tarde en la demanda? ¿Quién dice que no se ha cambiado de residencia? ¿Acaso no es tiempo suficiente cuatro meses para adquirir una nueva? ¿No pesa nada la intención del privado, como pondera en sus conclusiones el AG en el asunto 289/20, pendiente ante el TJUE?³⁵ Porque, como se dijo más arriba, tal vez este es un caso del art. 3 RBII bis.

³⁴ Ténganse presentes las presunciones de convivencia establecidas en la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, que si no son desvirtuadas legitiman para aportar prueba de la residencia de un solo cónyuge. Por supuesto que si la ley rectora no es la española y se pretende acreditar otra solución tiene que ser probada.

³⁵ Es imposible encerrar el concepto de residencia habitual en una fórmula. En España es común referirse a la STS de 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113), que lo construye sobre la idea de la existencia de un centro permanente o habitual donde se localizan los intereses de una persona, con naturaleza sustancial. De centro vital con vocación de permanencia habla igualmente el AAP de Valencia de 29 marzo 2021 (ECLI:ES:APV:2021:621A). En la doctrina española *vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en M. GUZMÁN ZAPATER/M. HERRANZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, 2018, p. 933; del mismo autor, “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”, en *CDT*, 2020, p. 661. Las discrepancias nacionales en torno al peso de la intención del sujeto fueron evidenciadas por C. CAMPGLIO en “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, en *CDT*, 2010, pp. 242 ss. A día de hoy la última orientación con autoridad se inclina por potenciar las intenciones por encima de la duración, regularidad o constancia de la presencia física: Asunto C-289/20, conclusiones del AG de 8 julio 2021 (ECLI:EU:C:2021:561): Es por todo ello por lo que considero como mínimo discutible que el solicitante del divorcio que ahora contemplamos no tuviera residencia en España.

III. Conclusión: Buscando una respuesta coherente

13. No es descabellado trazar una línea continua entre los principios inspiradores de la disciplina civil de la disolución del matrimonio y la de la competencia judicial internacional, de forma que la misma libertad de que disponen dos personas a la hora de poner fin a su vínculo matrimonial se traduzca en el más amplio reconocimiento de su autonomía procesal. Aquí no se habla de responsabilidad parental, no está implicado el famoso interés del menor ni intereses públicos. Pero no tiene sentido negar ese margen de libertad cuando en realidad lo que se ha diseñado no difiere en lo básico de la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, la disciplina de la prorrogación del foro -sea expresa o tácita- realizada por el legislador español chirría con las modalidades de actuación propias de los procesos matrimoniales, por lo que será menester leerla desde otra perspectiva, buscando sólo la constancia de una voluntad libremente formada y expresada. Eso en definitiva quiere decir equiparar demanda de común acuerdo presentada en España a prórroga en favor de nuestros tribunales.

14. En consecuencia, en tales hipótesis a las partes no hay que pedirles prueba de los hechos en los que se funda la competencia judicial internacional de los jueces españoles. Si su residencia interesa es sólo por motivos de fondo, no procesales. Basta su voluntad, y en todo caso sus declaraciones al respecto. Sólo en presencia de menores o incapaces será menester realizar indagaciones, en aras de la adecuada tutela de sus intereses. Y por supuesto va de suyo que si se instaura procedimiento contencioso y se formula declinatoria la LEC ofrece al tribunal una libérrima facultad para disipar incertidumbres en este punto.

ACCIÓN DE CESACIÓN CONTRA UN PROPIETARIO EN EL
USO CON FINES TURÍSTICOS DE UN BIEN INMUEBLE EN
RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CUANDO SU USO
DECLARADO ES EL DE VIVIENDA, ¿FORO EXCLUSIVO O
FORO EN MATERIA CONTRACTUAL?: A PROPÓSITO DE
LA SENTENCIA DEL TJUE 11 NOVIEMBRE 2020, ELLMES
PROPERTY SERVICES LIMITED C. SP, C-433/19

ACTION FOR A PROHIBITORY ORDER AGAINST A CO-OWNER
IN THE USE OF THE PROPERTY SUBJECT FOR TOURIST
PURPOSES CONTRARY TO THE DESIGNATED USE FOR
RESIDENTIAL PURPOSES, EXCLUSIVE JURISDICTION OR
JURISDICTION IN MATTERS RELATING TO A CONTRACT?:
PURPOSE TO THE CJEU JUDGEMENT OF 11TH NOVEMBER
2020, ELLMES PROPERTY SERVICES LIMITED C. SP, C-433/19

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 27.01.2022 /Aceptado: 31.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6707>

Resumen: En la Sentencia de 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP, C-433/19*, el TJUE determina la competencia para conocer de una demanda presentada con arreglo al Derecho austriaco, por la que el propietario de un bien en régimen de propiedad horizontal exige a otro que cese de utilizar con fines turísticos su apartamento sujeto al régimen de propiedad horizontal alegando que los estatutos de la comunidad de propietarios no autorizan tal uso. El órgano jurisdiccional remitente señala que esta demanda puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de dos reglas de competencia recogidas en el Reglamento Bruselas I-bis: la que establece la competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se encuentre situado y la que establece la competencia alternativa en materia contractual del órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación.

El momento en el que se ha planteado la presente disyuntiva es muy oportuno. El crecimiento de apartamentos turísticos es una realidad, que ha provocado la necesidad de responder a cuestiones como las planteadas en este asunto. Esto ha ocasionado que en ciudades donde se ha producido un incremento exponencial de los conocidos como alquileres vacacionales se haya tenido que regular por los Estados, a través, tanto de las normativas sectoriales turísticas, como de las Leyes de Propiedad Horizontal.

Palabras clave: Reglamento Bruselas I-bis, competencia, foro exclusivo, foro especial por razón de la materia, propiedad horizontal, alquiler vacacional, uso con fines turísticos.

Abstract: In the CJEU Judgement of 11th November 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C-433/19, the Court of Justice rules which court has jurisdiction to hear an action under Austrian law, in which a co-owner is requiring another co-owner to cease using its apartment subject to co-ownership for tourist purposes, on the ground that the co-ownership agreement does not permit that use. The referring court notes that the action could fall under two rules of jurisdiction contained in Brussels I-bis Regulation: the rule according to which the courts of the Member State in which the property is situated have exclusive jurisdiction in respect of rights in rem in immovable property and the rule according to which alternative jurisdiction in matters related to a contract lies with the courts of the place of performance of the obligation.

The moment in which this dilemma has been raised is very opportune. The growth of tourist apartments is a reality, which has caused the need to respond to questions such as those raised in this matter. This has caused that in cities where there has been an exponential increase in what are known as vacation rentals, it has had to be regulated by the States, through both the tourism sector regulations and the Immovable Property Laws.

Keywords: Brussels I-bis Regulation, jurisdiction, exclusive jurisdiction, jurisdiction in matters relating to a contract, immovable property, vacation rental, use for tourist purposes.

Sumario: I. Introducción de la STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C-433/19. 1. Hechos. 2. Cuestión prejudicial. II. Competencia para conocer de un litigio relativo al uso declarado de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal. 1. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios del Reglamento Bruselas I-bis (art. 24.1). A) Características de los derechos reales inmobiliarios. B) Acciones basadas en un derecho real: con efectos erga omnes. C) Interpretación del Abogado General. 2. Competencia en materia contractual del Reglamento Bruselas I-bis (art. 7.1.a)). A) Materia contractual. B) Lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda. III. Conclusiones: consecuencias para supuestos similares que vinculen a apartamentos vacacionales situados en España.

I. Introducción de la STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/191

1. La STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C-433/19, ha sido dictada como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), en el marco de un litigio en relación al uso de un bien inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal. En este sentido, uno de los propietarios del bien inmueble –sin consentimiento de los demás propietarios o sin contar con una decisión judicial firme que sustituya a dicho consentimiento–, ha pasado a utilizarlo con fines turísticos, en vez de como vivienda, que es como había sido declarado². En dicha controversia, el demandado es la empresa *Ellmes Property Services Limited* –en adelante será denominada *Ellmes*–, con domicilio en Reino Unido; mientras que el demandante es *SP*, cuyo domicilio coincide con la dirección del apartamento situado en Austria, del que tanto *Ellmes* como *SP* son propietarios en régimen de propiedad horizontal y que es el objeto del litigio³.

Pues bien, la primera cuestión prejudicial que se plantea es si las demandas de un propietario en régimen de propiedad horizontal que pretenden prohibir a otro propietario que modifique el uso declarado de un elemento privativo, sin la aprobación de los demás propietarios, constituyen acciones en materia de derechos reales; en cuyo caso, sería de aplicación el art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis para determinar la competencia judicial internacional⁴. En el supuesto de que la respuesta sea negativa,

¹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900).

² STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 11.

³ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 8.

⁴ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (DO núm. L 351, 20 diciembre 2012, pp. 1-32), relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

la segunda cuestión prejudicial que se plantea entonces, es si las demandas mencionadas versan sobre derechos en materia contractual que tengan que cumplirse en el lugar en que se encuentre situado dicho bien inmueble, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis⁵.

2. Lo cierto es que, actualmente, el crecimiento de apartamentos turísticos es una realidad, que ha provocado la necesidad de responder a cuestiones como las planteadas en el presente asunto. Esto ha ocasionado que en ciudades como Barcelona se haya tenido que regular, porque la utilización de apartamentos con fines turísticos, se ha incrementado exponencialmente, y no sólo por empresas que los declaran como tales, sino por entidades que los tienen declarados como viviendas –como sucede en el caso objeto de estudio–, o incluso particulares, que han visto en ellos un negocio para rentabilizar su vivienda en los meses de mayor afluencia turística⁶.

1. Hechos

3. La empresa Ellmes utiliza el apartamento que posee junto a SP, con fines turísticos y lo alquila habitualmente a turistas, a pesar de que el uso declarado es el de vivienda⁷.

Por ello, SP presentó una demanda ante los tribunales austríacos para que cesara el alquiler vacacional del apartamento, no sólo porque el uso declarado era el de vivienda, sino porque además era arbitrario, ya que no había sido aprobado por los demás propietarios, lo cual producía un menoscabo en su derecho a utilizar un elemento privativo con exclusividad. En este sentido, SP invocó la competencia exclusiva de dichos tribunales, en virtud del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, pues en Austria en donde se hallaba situado el bien inmueble objeto de controversia⁸.

Sin embargo, la empresa demandada impugnó la competencia exclusiva de los tribunales austríacos. Así que, el órgano jurisdiccional de primera instancia declinó su competencia, pues el litigio tenía por objeto un acuerdo de uso de Derecho privado entre los dos propietarios, lo cual no afectaba directamente a la situación jurídico-real de las partes de dicho acuerdo⁹.

4. En cambio, el órgano jurisdiccional de segunda instancia ante el que SP interpuso recurso, desestimó la excepción de incompetencia propuesta por Ellmes. Para dicho tribunal, el uso declarado de un elemento privativo se sustenta en un acuerdo de Derecho privado firmado entre los propietarios que suele adoptar la forma de estatutos de la comunidad de propietarios. Según su interpretación, el uso declarado de un elemento para una finalidad determinada y el respeto de dicho uso declarado forman parte de los derechos reales de los propietarios en régimen de propiedad horizontal que se encuentran protegidos de manera absoluta¹⁰.

Así que Ellmes interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional que procedió a su vez a plantear las cuestiones prejudiciales.

El Reglamento (UE) núm. 1215/2012 es el instrumento de mayor importancia para la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y de todos los Estados miembros de la Unión Europea, que también es conocido como Reglamento Bruselas I-bis, siendo esta última denominación la que será utilizada en el presente trabajo.

⁵ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 19.

⁶ M. CAMACHO, “Pisos turísticos en Barcelona: turismofobia y prácticas alegales”, *lodgify.com*, 12 de julio de 2019, disponible en línea en <https://www.lodgify.com/blog/es/alquileres-turisticos-barcelona/> (consultado el 1 de diciembre de 2021).

⁷ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartados 9-10.

⁸ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 11.

⁹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 13; Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 11.

¹⁰ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 14; Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 12.

2. Cuestión prejudicial

5. Como consecuencia de los hechos relacionados, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales¹¹:

“1) *¿Debe interpretarse el artículo 24, punto 1, párrafo primero, primera alternativa, del Reglamento [n.º 1215/2012] en el sentido de que las demandas de un propietario en régimen de propiedad horizontal, que pretenden prohibir a otro propietario que modifique su elemento de propiedad horizontal, en particular su uso declarado, unilateralmente, sin aprobación de los demás propietarios, versan sobre la materia de derechos reales?*

2) *En caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa:*

¿Debe interpretarse el artículo 7, punto 1, letra a), del Reglamento [n.º 1215/2012] en el sentido de que las demandas mencionadas en [la primera cuestión] versan sobre derechos en materia contractual que deben cumplirse en el lugar en que se halle sito el bien en cuestión?”

II. Competencia para conocer de un litigio relativo al uso declarado de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal

6. Antes de proceder a responder a las preguntas planteadas, el Abogado General Sr. Szpunar hizo una breve aclaración en cuanto al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I-bis en relación con el asunto *Ellmes*, lo cual no se ha visto reflejado en la sentencia definitiva, pero que, en mi opinión, es necesario realizar para proceder a responder a las cuestiones prejudiciales.

En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente entiende que la demanda presentada por SP con arreglo al Derecho austríaco está comprendida en el concepto de “materia civil y mercantil”, en el sentido de art. 1.1 del Reglamento Bruselas I-bis, por lo que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional. Efectivamente, el litigio principal se inscribe en dicho concepto y no se halla dentro de ninguna de las exclusiones señaladas en el art. 1.2 del Reglamento Bruselas I-bis¹².

7. Se procede a analizar, si la demanda está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, que se refiere a la competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios. En el supuesto de que la respuesta a esta pregunta sea negativa, habrá que examinar la cuestión relativa a la existencia de un foro alternativo, como el recogido en el art. 7.1.a) de dicho Reglamento¹³.

1. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios del Reglamento Bruselas I-bis (art. 24.1)

8. Para responder a la primera cuestión prejudicial, el TJUE procedió a analizar: a) en primer lugar, las características de los derechos reales inmobiliarios y; b) en segundo lugar, las acciones vinculadas a tales derechos que están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 24.1 del Reglamento

¹¹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 19; Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 14.

¹² Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 17.

¹³ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 18.

Bruselas I-bis¹⁴. Si bien, la interpretación del Abogado General también es interesante ponerla de manifiesto porque, aunque llega a las mismas conclusiones que el TJUE, añade ciertos matices reseñables.

A) Características de los derechos reales inmobiliarios

9. En primer lugar, las materias contenidas en el art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis constituyen *numerus clausus*, que se interpretan de manera restrictiva. De igual forma, se debe recordar que la aplicación del art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis debe realizarse de modo restrictivo, ya que constituye una excepción al sistema general de competencia del Reglamento Bruselas I-bis¹⁵.

Efectivamente, según la jurisprudencia existente, la competencia general de los órganos jurisdiccionales del Estado en el que el demandado tiene su domicilio constituye la regla general –art. 4 Reglamento Bruselas I-bis–, y que únicamente como excepción a esta regla general, dicho Reglamento establece reglas de competencia especial y exclusiva en determinados casos, enumerados de forma taxativa, de modo que se puede o debe, según el caso, entablar una acción judicial contra el demandado ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto¹⁶.

El art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis debe interpretarse de manera restrictiva para no vulnerar dos principios fundamentales del Reglamento: la litigación ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado y la posibilidad de pactar el tribunal competente¹⁷. Así que no debe interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad¹⁸.

10. Asimismo, por lo que respecta concretamente a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra situado el bien inmueble, en virtud del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, se debe recordar, que la expresión “en materia de derechos reales inmobiliarios” debe interpretarse de manera autónoma para que se garantice en todos los Estados miembros una aplicación uniforme¹⁹.

En este sentido, no sería de aplicación dicho precepto a todas las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino exclusivamente a aquellas que, al mismo tiempo, se encuentren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento y estén entre las que tienen por objeto: a) por un lado, determinar el alcance, la consistencia, la propiedad, la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes; y b) por otro lado, garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las prerrogativas que les atribuye su título²⁰.

¹⁴ A diferencia del TJUE, el Abogado General Sr. M. Szpunar también procedió a explicar los objetivos de dicha disposición para responder a la cuestión de si la acción controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis; que será desarrollado en el apartado correspondiente. *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 24.

¹⁵ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 22; STJUE 10 julio 2019, *Reitbauer y otros*, C722/17 (ECLI:EU:C:2019:577), apartados 37-38; STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 28; STJUE 17 diciembre 2015, *Virpi*, C605/14 (ECLI:EU:C:2015:833), apartado 24; STJUE 12 mayo 2011, *JPMorgan*, C144/10 (ECLI:EU:C:2011:300), apartados 30-37. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2521.

¹⁶ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 21; STJUE 5 diciembre 2019, *Ordre des avocats du barreau de Dinant*, C421/18 (ECLI:EU:C:2019:1053), apartado 24.

¹⁷ STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C630/17 (ECLI:EU:C:2019:123), apartados 98-99.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2521.

¹⁹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 23; STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C630/17 (ECLI:EU:C:2019:123), apartado 97.

²⁰ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 24; STJUE 10 julio 2019, *Reitbauer y otros*, C722/17 (ECLI:EU:C:2019:577), apartado 44.

Por lo que, en este sentido, el TJUE declaró que no es suficiente con que la acción afecte a un derecho real inmobiliario o tenga relación con un bien inmueble, para que la demanda se pueda presentar ante los tribunales del Estado miembro en que se encuentra el bien inmueble, en virtud del foro exclusivo. El criterio determinante para conocer si la acción versa sobre la materia de derechos reales es que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal²¹. Si bien, esto no siempre es fácil de dirimir, como se verá continuación.

B) Acciones basadas en un derecho real: con efectos *erga omnes*

11. De acuerdo con la jurisprudencia, un derecho real, al gravar un bien corporal, surte efectos frente a todos, es decir, *erga omnes*; mientras que un derecho personal sólo puede invocarse contra el deudor²². Esta es la diferencia pues, entre un derecho real y un derecho personal.

12. El art. 2.1 de la Ley austríaca de Propiedad Horizontal establece que la propiedad privativa es el derecho real del copropietario de un inmueble a utilizar un elemento privativo con exclusividad, excluyendo de su uso a los demás. Además, en Derecho austríaco, el uso declarado de un elemento privativo, derivado de un acuerdo de Derecho privado entre los propietarios formalizado en los estatutos de la comunidad de propietarios, así como el respeto de su uso, constituyen un derecho protegido de manera absoluta frente a terceros y frente a los demás propietarios²³.

Teniendo en cuenta lo establecido por el Derecho austríaco, una acción en virtud de la cual uno de los propietarios solicita al otro propietario del apartamento el cese en el alquiler vacacional del mismo, se podría asemejar a una demanda dirigida a garantizar a los propietarios en régimen de propiedad horizontal de un bien inmueble la protección de las prerrogativas asociadas a dicho título, puesto que el uso declarado del inmueble era el de vivienda, tal y como se recogía en los estatutos de la comunidad de propietarios²⁴.

Ahora bien, para dilucidar si dicha acción se basa en un derecho real inmobiliario en el sentido del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, es necesario conocer si el uso declarado de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal recogido en los estatutos de la comunidad de propietarios, surte efectos *erga omnes*²⁵. En definitiva, se trataría de que el propietario pudiera oponer tal uso no sólo frente a los demás propietarios, sino también frente a personas que no hayan participado en la adopción de dichos estatutos²⁶.

Por lo tanto, la acción ejercitada por uno de los propietarios en régimen de propiedad horizontal de un inmueble para que se le prohíba al otro propietario que modifique, arbitrariamente y sin el consentimiento de los demás propietarios, el uso declarado de su elemento privativo, reflejado en los estatutos de la comunidad de propietarios, sólo puede ser considerada una acción en materia de derechos reales inmobiliarios –art. 24.1 Reglamento Bruselas I-bis–, siempre que dicho uso sea oponible no solo frente a los demás propietarios del inmueble, sino también *erga omnes*²⁷. El órgano jurisdiccional remitente deberá efectuar las comprobaciones pertinentes para aclarar este aspecto.

²¹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 25; STJUE 10 julio 2019, *Reitbauer y otros*, C722/17 (ECLI:EU:C:2019:577), apartado 45.

²² STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 26; STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 31.

²³ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartados 28-29.

²⁴ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 30.

²⁵ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 31.

²⁶ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 45.

²⁷ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 33.

C) Interpretación del Abogado General

13. El Abogado General, efectivamente, llega a la misma conclusión que el TJUE, en el sentido de que para que la facultad del propietario de exigir el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios se encuentre dentro de la protección absoluta de todo propietario en régimen de propiedad horizontal, dicho uso tendrá que surtir efectos frente a los demás propietarios y frente a terceros²⁸. Si bien, la Comisión señala algunos elementos que pueden constituir indicios de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios surte efectos *erga omnes*.

Pues bien, a diferencia del TJUE, el Abogado General procede a analizar dichos elementos y ya anticipa que alberga dudas sobre si esos elementos, que deben ser comprobados por el órgano jurisdiccional remitente, pueden llevar a la conclusión de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios surta sus efectos frente a todos. El primer elemento es que los estatutos de la comunidad aprobados por los propietarios iniciales deberán ser aceptados por los nuevos propietarios que adquieren el bien inmueble en régimen de propiedad horizontal. El segundo elemento es que los estatutos y el uso acordado en los mismos puedan ser consultados en el Registro de la Propiedad, de forma que exista un acceso público que permita conocer estos hechos²⁹.

14. En cuanto al análisis del primer elemento, la oponibilidad de los estatutos de la comunidad de propietarios, el Abogado General parte del asunto *Weber*, en el que el TJUE señaló que una acción dirigida a que se declare la invalidez del ejercicio de un derecho de adquisición preferente se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la regla de competencia en materia de derechos reales inmobiliarios³⁰. En este caso, estaba bastante claro que se trataba de un derecho real, puesto que se trataba de un derecho que gravaba el bien inmueble y que estaba inscrito en el Registro de la Propiedad, pero que además no sólo producía efectos frente al obligado, sino que se protegía el derecho del titular de ese derecho a la transmisión de la propiedad frente a terceros³¹.

Sin embargo, se debe diferenciar entre un derecho real que surte efectos frente a todos, de un derecho personal que sigue surtiendo efectos a raíz de una modificación subjetiva de una relación jurídica que es la base de un derecho personal. En este sentido, en el asunto *Weber*, el derecho de adquisición preferente era oponible a una tercera persona, sin que hubiese que demostrar que esa persona ocupaba el lugar del propietario de un bien inmobiliario gravado en el marco de la relación entre éste y el titular del derecho de adquisición preferente³². Sin embargo, en opinión del Abogado General, esta situación es bien diferente de aquella en la que los estatutos de la comunidad aprobados por los propietarios iniciales tengan que ser aceptados por las personas que adquieran un apartamento en régimen de propiedad horizontal, tal y como propone la Comisión³³.

Por otro lado, en el asunto *Kerr*, el TJUE señaló que una acción para conseguir la obligación de pago derivada de un acuerdo de la junta general de propietarios de un inmueble en régimen de propiedad horizontal se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I-bis, que recoge la competencia no exclusiva en materia contractual, a pesar de que este acuerdo era vinculante para los propietarios que no lo habían aprobado³⁴. El TJUE llegó a esta conclusión porque cuando un

²⁸ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 36.

²⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartados 38-39.

³⁰ STJUE 3 abril 2014, *Weber*, C438/12 (ECLI:EU:C:2014:212), apartado 45.

³¹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 40.

³² STJUE 3 abril 2014, *Weber*, C438/12 (ECLI:EU:C:2014:212).

³³ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartados 41-42.

³⁴ STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 29. El TJUE realizó esta misma interpretación en el asunto *INA y otros*, en relación con una obligación de pago derivada de la ley nacional, en el que las modalidades se establecían en virtud de un acuerdo de los propietarios de más de la mitad de las cuotas de participación en la propiedad horizontal (Auto TJUE 19 noviembre 2019, *INA y otros*, C200/19, no publicado (ECLI:EU:C:2019:985), apartado 29).

copropietario de un inmueble adquiere dicha condición, está consintiendo en someterse a la totalidad de las disposiciones del acto que regula este inmueble en régimen de propiedad horizontal y a los acuerdos aprobados por la junta general de propietarios³⁵.

De dicha jurisprudencia, el Abogado General destaca que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios puede surtir sus efectos frente a las personas que adquieran un apartamento sujeto al régimen de propiedad horizontal, sin que dicho uso surta efectos *erga omnes* en el mismo sentido que la jurisprudencia citada en relación con la competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios³⁶. Si bien es cierto que en los asuntos *Kerr* e *INA y otros*, el objeto de las acciones controvertidas no hacía referencia directamente al inmueble³⁷.

Por lo tanto, en opinión del Abogado General, para que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios surta tales efectos, será necesario que este uso pueda invocarse también frente a las personas que no se considere que han aceptado voluntariamente los estatutos de la comunidad de propietarios. Si bien también añade que, en cualquier caso, puede que dicho uso pactado no produzca efectos *erga omnes*; con lo cual, el cumplimiento de este requisito sería una condición necesaria, pero no suficiente, para que dicho uso produzca efectos frente a todos, de forma que ese derecho de uso tuviese que estar protegido por un foro exclusivo. En todo caso, es el órgano jurisdiccional austriaco quien deberá realizar las comprobaciones al respecto³⁸.

Como se puede comprobar, aunque el Abogado General, al igual que el TJUE, deja en manos del órgano jurisdiccional remitente recabar las pruebas necesarias; sin embargo, el Abogado General se inclina hacia la posibilidad de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios, que es el objeto del litigio principal, no produzca efectos *erga omnes*, por lo que tal derecho de uso no deba ser protegido por un foro exclusivo.

15. Por lo que respecta al segundo elemento, la inscripción en el Registro de la Propiedad, es cierto que, en muchos ordenamientos jurídicos como sucede en el español, el principio de publicidad se encuentra entre los principios derivados de la naturaleza de los derechos reales. En virtud de dicho principio, los derechos reales solo pueden ser respetados si las informaciones relativas a los mismos son accesibles al público en general. La accesibilidad de los derechos reales inmobiliarios puede garantizarse a través de los registros que están abiertos al público. Precisamente es la inscripción en el Registro de la Propiedad de todas las informaciones relativas a un derecho sobre un bien corporal lo que provoca que ese derecho pueda invocarse frente a todos y constituya, en consecuencia, un derecho real³⁹.

No obstante, según se desprende del marco jurídico expuesto, el hecho de que los estatutos de la comunidad de propietarios puedan consultarse en el Registro de la Propiedad, se debe a que se trata de un acto sobre el que la propiedad horizontal se ha constituido y se ha inscrito en dicho registro. En este sentido, los registros de la propiedad también pueden contener información que no guarde relación alguna con derechos que surtan efectos *erga omnes*. Por lo tanto, no será objeto de un foro exclusivo, en virtud del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, una acción que se refiere a un acto mediante el cual el derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad se ha constituido, si dicha acción se fundamenta en un derecho personal⁴⁰.

³⁵ Auto TJUE 19 noviembre 2019, *INA y otros*, C200/19, no publicado (ECLI:EU:C:2019:985), apartado 29; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 29. *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 43.

³⁶ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 44.

³⁷ Auto TJUE 19 noviembre 2019, *INA y otros*, C200/19, no publicado (ECLI:EU:C:2019:985), apartado 29; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 29.

³⁸ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 45.

³⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 46.

⁴⁰ *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartados 47-48.

Así, por ejemplo, en el asunto *Schmidt*, se llegó a la conclusión de que una pretensión basada en la nulidad de una transmisión de propiedad –y la correspondiente inscripción de la cancelación del derecho de propiedad en el registro de la propiedad– que tenía como fundamento un derecho real sobre el inmueble afectado invocado por la parte demandante, está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis⁴¹. Sin embargo, para el TJUE no se encontraría dentro del ámbito de aplicación de dicho precepto, una pretensión dirigida contra una parte distinta del acto mediante el que debía transmitirse esta propiedad, para que se declare la nulidad de dicho acto a causa de la incapacidad para contratar de otra parte de ese acto; pues dicha pretensión se basaba en un derecho personal⁴².

Siguiendo esta misma línea interpretativa, en el asunto *Milivojević*, el TJUE señaló que está comprendida dentro de la disposición mencionada que recoge un foro exclusivo, una pretensión dirigida a que se cancele la inscripción de una hipoteca en el Registro de la Propiedad⁴³. En este sentido, una vez que se ha constituido dicha hipoteca de conformidad con las normas formales y sustantivas establecidas por la normativa nacional en la materia, se trata de un derecho real que produce efectos *erga omnes*. Sin embargo, no es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde se encuentra el bien inmueble una pretensión dirigida a que se declare la nulidad de la escritura notarial de constitución de dicha hipoteca, como consecuencia de la infracción de las normas nacionales en materia de protección de consumidores. De nuevo, esta pretensión se basa en un derecho personal que solo puede invocarse contra el demandado ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio⁴⁴.

Por lo tanto, el Abogado General considera que el hecho de que los estatutos de la comunidad de propietarios puedan ser consultados en el Registro de la Propiedad no exime al órgano jurisdiccional nacional de comprobar si el uso acordado en dichos estatutos puede invocarse frente a todos. Si esto fuera así, esta acción estaría comprendida *a priori* en el ámbito de aplicación de la regla de competencia señalada en el art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis⁴⁵.

16. Por último, el Abogado General añade, que se deben tener en cuenta además de las características de los derechos reales inmobiliarios y de las acciones vinculadas, los objetivos de la disposición recogida en el art. 24.1 del Reglamento, para conocer qué acciones deben estar comprendidas dentro de su ámbito de aplicación y cuáles deben excluirse, teniendo en cuenta que se trata de una disposición de excepción, que ha de interpretarse de manera restrictiva.

Por lo que respecta a las reglas de competencia exclusiva en general, el TJUE ha justificado su existencia en la conexión especialmente estrecha entre el litigio y un Estado miembro en favor del cual se establece la competencia⁴⁶. A partir del asunto *Reichert y Kockler*, el TJUE consideró que en materia de derechos reales inmobiliarios los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentre el bien inmueble, están en mejores condiciones para conocer de las acciones en dicha materia⁴⁷. Por un lado, las acciones han de juzgarse de conformidad con las normas de ese Estado miembro, atendiendo al principio de *lex rei sitae*, y, por otro lado, con frecuencia se requiere que se realicen comprobaciones, investigaciones y peritajes, que han de hacerse *in situ*⁴⁸. Por lo tanto, la atribución de la competencia a estos órganos jurisdiccionales responde al principio de la buena administración de justicia⁴⁹.

⁴¹ STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 40.

⁴² STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartados 34 y 43.

⁴³ STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C630/17 (ECLI:EU:C:2019:123), apartado 102.

⁴⁴ STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C630/17 (ECLI:EU:C:2019:123), apartado 101.

⁴⁵ *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartados 49-51.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 53.

⁴⁷ STJCE 10 enero 1990, *Reichert y Kockler*, C115/88 (ECLI:EU:C:1990:3), apartado 9.

⁴⁸ STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 29; STJUE 17 diciembre 2015, *Komu y otros*, C605/14, (ECLI:EU:C:2015:833), apartado 31; STJCE 10 enero 1990, *Reichert y Kockler* C115/88, (ECLI:EU:C:1990:3), apartado 10.

⁴⁹ STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 37; STJUE 17 diciembre 2015, *Komu y otros*, C605/14, (ECLI:EU:C:2015:833), apartado 30.

También el interés en la buena administración de justicia se manifiesta en las reglas de competencia no exclusiva, puesto que utilizan factores de conexión con el fin de garantizar la proximidad entre un litigio y los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del mismo. Sin embargo, en la regla de competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios, la conexión estrecha únicamente existe entre el litigio y un solo Estado miembro⁵⁰.

Pues bien, la exclusión de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la elección del foro –art. 25 Reglamento Bruselas I-bis–, así como, la atribución de la competencia inevitablemente a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, aunque las partes estén domiciliadas en un tercer Estado, indica que el carácter exclusivo de la competencia en virtud del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis debe estar fundamentado en un interés considerable. Por lo tanto, como se garantiza la competencia de uno de los Estados miembros en perjuicio de los elementos relacionados con los particulares (partes), este interés debe tener un carácter público⁵¹. Existe interés público cuando se trata de derechos que pueden afectar a la situación jurídica de cualquier persona (*erga omnes*) o del público en general. Por lo que, si una acción no suscita un interés de tales características, los objetivos del art. 24.1 del Reglamento no requieren que dicha acción esté comprendida en el ámbito de aplicación de dicho precepto⁵². Si bien, se debe señalar que dicho precepto también engloba los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Estos no son comparables a los derechos reales inmobiliarios, de forma que los objetivos que justifican el carácter exclusivo de la competencia de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios son diferentes. Según la jurisprudencia, las razones por las que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles están dentro del ámbito de aplicación de una regla de competencia exclusiva se resumen en consideraciones económicas, sociales y políticas en la medida en que estas justifican el carácter imperativo de las normas relativas al control del nivel de los alquileres y a la protección de los derechos de los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas⁵³. Si bien, el litigio que se plantea entre las partes versa sobre derechos reales inmobiliarios, no surge en relación a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, con independencia de que Ellmes esté alquilando el apartamento con fines turísticos, pero que, en cualquier caso, dichos arrendamientos no son el objeto de la controversia.

En cuanto a la aplicación en el presente asunto, SP señala que el contrato en virtud del cual adquirió la propiedad de un apartamento estipula que el bien se sitúa fuera de una zona de viviendas cuyo uso declarado es el de segundas residencias, por lo que está prohibido su arrendamiento con fines turísticos. De estos datos aportados, en opinión del Abogado General no se puede determinar claramente si dicha prohibición se recoge únicamente en el contrato o si también se hace constar en la normativa aplicable en materia de urbanismo. Si bien, estas observaciones fueron realizadas, cuando se estaba analizando la segunda cuestión prejudicial. No obstante, Ellmes señala, de manera más clara que, aunque el Derecho austríaco no impone ningún uso concreto a los bienes en régimen de propiedad horizontal, éste se puede establecer en los estatutos de la comunidad de propietarios⁵⁴.

Por lo tanto, en opinión del Abogado General, los objetivos del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis no parece que exijan que la acción objeto del litigio principal se encuentre dentro del ámbito de aplicación de esta disposición, en el supuesto de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios únicamente pueda oponerse a las personas que hayan consentido someterse a dichos estatutos. No cree en este sentido, que para el Estado en el que se sitúa el bien, tenga tanta importancia el respeto de

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartados 56-59.

⁵¹ En este mismo sentido, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ señalan que los litigios relativos a materias objeto de foros exclusivos los intereses en juego son estatales, públicos y generales. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2524.

⁵² Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 62.

⁵³ Auto TJUE 15 mayo 2019, *MC*, C-827/18, no publicado (ECLI:EU:C:2019:416), apartado 27; STJCE 26 febrero 1992, *Hacker*, C-280/90 (ECLI:EU:C:1992:92), apartado 8; STJCE 6 julio 1988, *Scherrens*, 158/87 (ECLI:EU:C:1988:370), apartado 9.

⁵⁴ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 67.

los acuerdos contractuales entre los propietarios en régimen de propiedad horizontal en cuanto al uso del bien inmobiliario, que dicho Estado miembro deba garantizar la competencia exclusiva en esta materia. Sin embargo, sería objeto de un foro exclusivo en el caso de que estos acuerdos tuviesen efectos que pudieran comprometer un interés distinto del puramente privado de las partes en estos acuerdos contractuales⁵⁵.

Es más, añade el Abogado General que, aunque se tengan que realizar una serie de comprobaciones en el lugar donde se encuentre el bien inmueble sometido a propiedad horizontal, esto no afecta en nada a su afirmación anterior⁵⁶. Así en el asunto *Lieber*, tras señalar que una demanda de indemnización por el uso de un bien inmueble no afecta a un derecho real que surte efectos *erga omnes* sino a un derecho personal, el TJUE no reconoció especial importancia al hecho de que los tribunales del Estado miembro en el que estaba situado el inmueble podían determinar el importe de la indemnización adeudada⁵⁷. Es más, el TJUE señaló que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto de aquel en el que se sitúa el bien inmueble tiene la posibilidad de recabar los servicios de un perito con el fin de conseguir las informaciones que sean pertinentes⁵⁸.

17. En definitiva, el TJUE y el Abogado General llegan a la misma conclusión en su respuesta a la primera cuestión prejudicial, en el sentido de que serán los tribunales austríacos los que deberán determinar si la acción ejercitada por SP se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 24.1 del Reglamento, pudiendo éste presentar la demanda ante los tribunales austríacos, por tratarse de un foro exclusivo.

Sin embargo, el Abogado General va más allá y ha procedido a la aplicación al asunto *Ellmes* –mediante la información aportada tanto del Derecho austríaco como de las partes–, de las dos series de criterios señalados, que son: a) las características de los derechos reales inmobiliarios y de las acciones vinculadas a tales derechos; y b) los objetivos de la disposición señalada. Pues bien, de todo este análisis, concluye que no parece que el demandante SP pueda acogerse al foro exclusivo, en el caso de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios solo pueda oponerse a las personas que hayan consentido someterse a dichos estatutos; y aunque dicho uso fuese oponible frente a los nuevos propietarios, puede que tampoco produzca efectos *erga omnes*, tal y como sucedió en los asuntos *Kerr* e *INA* y *otros*. De las informaciones aportadas, no se puede deducir de forma clara, que el uso acordado tenga efectos *erga omnes* y que este derecho de uso tenga que estar protegido por un foro exclusivo, como sí ocurrió en el asunto *Weber*. Tampoco, el hecho de que los estatutos de la comunidad de propietarios puedan ser consultados en el Registro de la Propiedad, exime al órgano jurisdiccional nacional de comprobar si el uso acordado en dichos estatutos puede invocarse frente a todos.

Tales conclusiones pueden servir para conocer cuáles serían las soluciones a las preguntas planteadas, en el caso de que se suscitase un litigio similar, pero el bien inmueble en régimen de propiedad horizontal estuviese situado en España y el demandado estuviese domiciliado en otro Estado miembro; lo cual será estudiado en la última parte de este trabajo.

2. Competencia en materia contractual del Reglamento Bruselas I-bis (art. 7.1.a))

18. En el caso de que el órgano jurisdiccional austríaco determine que el uso acordado de un bien inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal recogido en los estatutos de la comunidad de propietarios no es oponible *erga omnes*, por lo que no serían competentes los tribunales austríacos en virtud del foro exclusivo recogido en el art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, podrían ser competentes dichos tribunales, de conformidad con el foro especial en materia contractual del art. 7.1.a) de dicho instrumento internacional –por tratarse del lugar en el que se halla sito dicho bien inmueble–⁵⁹.

⁵⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 68.

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 69.

⁵⁷ STJCE 9 junio 1994, *Lieber*, C292/93 (ECLI:EU:C:1994:241), apartado 15.

⁵⁸ STJCE 9 junio 1994, *Lieber*, C292/93 (ECLI:EU:C:1994:241), apartado 21.

⁵⁹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 34.

19. Lo cierto es que existen diferencias sustanciales entre que la competencia sea atribuida en virtud de un foro exclusivo o en virtud de un foro especial por razón de la materia, tal y como se ha ido adelantando en el apartado anterior; aunque ambos foros de competencia remitan a los tribunales austríacos. En primer lugar, el art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis establece la competencia exclusiva en favor de los órganos jurisdiccionales de un único Estado miembro. Por lo tanto, quedaría excluida cualquier otra regla de competencia general, como es el foro del domicilio del demandado –art. 4 Reglamento Bruselas I-bis– o de competencia alternativa, como es el foro especial en materia contractual –art. 7.1 Reglamento Bruselas I-bis–. Además, no se les permitiría a las partes elegir un fuero en virtud del art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis, que recoge la sumisión expresa a favor de determinados órganos jurisdiccionales de un Estado miembro⁶⁰.

Por otro lado, la regla de competencia exclusiva se aplica con independencia del domicilio de las partes, como excepción al principio recogido en los arts. 4 y 7, según el cual los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son competentes para conocer de las acciones ejercitadas contra las personas domiciliadas en un Estado miembro⁶¹.

Por último, el art. 24 del Bruselas I-bis es una norma de competencia judicial internacional *stricto sensu*, en el sentido de que determina los tribunales competentes estatales, pero no el tribunal concreto competente⁶². Por lo tanto, es el Derecho procesal del Estado al que conduce el art. 24 el que establece el concreto tribunal competente⁶³. Podría señalarse al respecto que si bien la lógica del art. 24.1 se basó en la conexión especialmente estrecha entre el objeto de un litigio y el foro, esta conexión debería determinar exclusivamente la competencia internacional de un Estado miembro, pero además su competencia judicial interna⁶⁴.

20. En cambio, si la acción controvertida en el litigio principal no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis, SP podría recurrir entonces a la regla general, del domicilio del demandado, *ex. art. 4*, que nos llevaría a los tribunales del Reino Unido. Si bien, dicha regla no tiene carácter exclusivo, de forma que también pueden ser competentes alternativamente los tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve a la demanda, de conformidad con el foro especial por razón de la materia, *ex. art. 7.1.a)* del Reglamento Bruselas I-bis⁶⁵. Dicho precepto sólo es aplicable cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y cuando se le demanda ante un tribunal de un Estado miembro distinto a aquel en el que está domiciliado⁶⁶. Si el foro general y el foro especial remitiesen a los tribunales de un mismo Estado miembro, prevalece el foro general sobre el foro especial, que como se podrá comprobar no sucede en el presente asunto⁶⁷.

⁶⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2521.

⁶¹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 61.

⁶² Esta regla de competencia no restringe la facultad de cada Estado miembro de atribuir las competencias judiciales en su territorio (STJUE 28 abril 2009, *Apostolides*, C420/07 (ECLI:EU:C:2009:271), apartados 48 y 50). *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 61.

⁶³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2520-2521.

⁶⁴ Así lo establece el Abogado General en sus Conclusiones. *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 61.

⁶⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2595.

⁶⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2804.

⁶⁷ Los tribunales del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio ya son competentes *ex. art. 4* del Reglamento Bruselas I-bis para conocer del caso, por lo que carece de sentido atribuir competencia, mediante un foro especial, a los tribunales de un Estado miembro, que ya son competentes para conocer del asunto. Los foros especiales están pensados para ampliar el círculo de Estados miembros ante cuyos tribunales el demandante puede presentar su demanda. *Vid.*, A.-L. CALVO

Por otro lado, si el tribunal austríaco considerase que el derecho de uso declarado del apartamento no tuviese que estar protegido por un foro exclusivo, las partes también tendrían la posibilidad de elegir un fuero, con arreglo al art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis⁶⁸. Se debe señalar al respecto que SP alegó que los propietarios habían acordado que un órgano jurisdiccional austríaco sería competente material y territorialmente con independencia de su domicilio. Si bien, el órgano jurisdiccional remitente no llegó a solicitar al TJUE que aclarase la posible incidencia de dicho acuerdo en la determinación del órgano jurisdiccional competente⁶⁹. Probablemente no se planteó ninguna cuestión relativa a la validez de dicho pacto de sumisión, porque para que opere el foro de la sumisión expresa, *ex art. 25*, este tendría que atribuir la competencia a los tribunales de un Estado miembro que no fuesen ya competentes por alguno de los foros del Reglamento; si bien también opera dicho foro, cuando atribuye competencia judicial internacional a tribunales que podrían ser competentes con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis, pero que no disponen de competencia exclusiva. Así que, si por el foro del domicilio del demandado –art. 4 Reglamento Bruselas I-bis– son competentes los tribunales del Reino Unido y por el foro especial en materia contractual –art. 7.1.a) Reglamento Bruselas I-bis– son competentes, en principio, los tribunales austríacos, –si así lo considera el TJUE en respuesta a la segunda cuestión prejudicial–, el pacto de sumisión a favor de los tribunales austríacos sería válido, siempre que las partes no acuerden que dicho pacto no tenga carácter exclusivo, es decir, que el pacto de sumisión tenga carácter exclusivo. De forma que si se cumplen todos los requisitos de validez de dicho pacto, este prevalecería tanto sobre el foro general como sobre el foro especial, atribuyendo competencia a los tribunales austríacos con carácter exclusivo⁷⁰.

Por último, a diferencia de los foros exclusivos –art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis–, el foro especial en materia contractual, *ex art. 7.1* del Reglamento Bruselas I-bis, atribuye tanto competencia judicial internacional, como competencia territorial⁷¹. Este designa directamente el concreto tribunal territorialmente competente, que es el “*más idóneo para conocer del caso por razones de cercanía con la controversia y por razones de facilidad en la gestión de las pruebas*”⁷².

CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2804.

⁶⁸ STJUE 17 diciembre 2015, *Komu y otros*, C605/14 (ECLI:EU:C:2015:833), apartado 24; STJCE 18 mayo 2006, *ČEZ*, C343/04 (ECLI:EU:C:2006:330), apartados 26 y 27; STJCE 9 junio 1994, *Lieber*, C292/93 (ECLI:EU:C:1994:241), apartado 12.

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 74.

⁷⁰ Otra posibilidad es que para que el pacto de sumisión de las partes en favor de los tribunales austríacos hubiese sido válido, el foro especial por razón de la materia otorgase la competencia a los tribunales austríacos, al no tener que cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda en el lugar de situación del apartamento en cuestión. En este supuesto, por la remisión del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis a la *lex contractus*, podría suceder que la obligación que sirve de base a la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en el domicilio de un deudor o de un acreedor, de forma que dicho foro especial atribuyera la competencia a los tribunales del Reino Unido. Dicho lo cual, esto tendría varias consecuencias: 1º) Como el foro general y el foro especial otorgan la competencia a los tribunales del mismo Estado miembro, el foro general prevalece sobre el foro especial, así que, en principio, serían competentes los tribunales del Reino Unido por tratarse del lugar en el que el demandado está domiciliado; 2º) El pacto de sumisión acordado entre los propietarios sería válido en cuanto a que hace competentes a los tribunales austríacos, con carácter exclusivo, salvo pacto en contrario –incluso atribuye competencia territorial según lo señalado por SP–, pues se trata de los tribunales de un Estado miembro que no tenían competencia por ningún otro foro del Reglamento, si bien se tendrían que verificar el resto de requisitos para que dicho pacto fuese válido; 3º) La sumisión realizada por las partes de forma válida en favor de los tribunales austríacos, prevalece, tanto sobre el foro general que otorga competencia a los tribunales del Reino Unido en este caso, como sobre el foro especial por razón de la materia, si existiese; 4º) Por último, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior, si bien al igual que sucede con la sumisión expresa, se tendría que otorgar competencia a los tribunales de un Estado miembro que no tenían competencia por ningún otro foro del Reglamento, dicho lo cual, no se ha planteado esta cuestión en ninguno de los argumentos del asunto que está siendo estudiado en el presente trabajo –art. 26 Reglamento Bruselas I-bis–. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 2015/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2529-2581.

⁷¹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 61. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2804.

⁷² STJUE 15 junio 2017, *Kareda-Benkő*, C-249/16 (ECLI:EU:C:2017:472), apartados 44-46; STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, C256/00 (ECLI:EU:C:2002:99), apartados 30-32.

21. El TJUE pasa pues a responder a la segunda cuestión prejudicial, que viene a plantear si en el supuesto de que el uso declarado de un bien inmueble sometido al régimen propiedad horizontal previsto en los estatutos de la comunidad de propietarios no sea oponible *erga omnes*, la acción ejercitada por uno de los propietarios para prohibir a otro propietario que modifique, arbitrariamente y sin el consentimiento de los demás propietarios, ese uso debe considerarse una acción “en materia contractual” a efectos del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis. En caso de que la respuesta sea afirmativa, el TJUE deberá determinar si el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a esa acción es aquel en el que dicho bien se encuentre situado⁷³. Por lo que, en primer lugar, se estudiará si la demanda constituye una acción en “materia contractual”, para después, proceder a determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

A) Materia contractual

22. La noción de “materia contractual” es definida en términos autónomos, propios del Reglamento Bruselas I-bis. Así, el TJUE ha indicado que la “materia contractual” comprende los litigios derivados de un “*compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra*”⁷⁴.

El TJUE entiende que tal compromiso voluntario entre las partes concurre en el caso de pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de “contratos preliminares”⁷⁵. Por lo tanto, el litigio puede versar sobre “materia contractual” incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente o si no existe contrato⁷⁶.

Si bien, la celebración de un contrato no constituye un requisito para la aplicación de esta regla de competencia especial, sí que es necesario que exista una obligación jurídica libremente consentida de una parte con respecto a la otra, en la que se base la acción del demandante⁷⁷.

23. Por otro lado, el TJUE ha señalado en el asunto *Kerr* que las obligaciones que tienen por objeto el pago de una cantidad de dinero y que se fundamentan en los vínculos existentes entre una asociación y sus miembros deben considerarse “materia contractual”, pues la adhesión a una asociación crea, entre los asociados, vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes en un contrato⁷⁸.

Tal y como señala el TJUE, una obligación de los propietarios respecto de la comunidad debe ser considerada una obligación jurídica libremente asumida, puesto que la adhesión a una comunidad de propietarios se realiza mediante la adquisición voluntaria de una vivienda junto con la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes del inmueble⁷⁹.

Efectivamente, el órgano jurisdiccional austríaco señala que entre los propietarios en régimen de propiedad horizontal existe una relación contractual contraída voluntariamente en virtud de los estatutos

⁷³ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 35.

⁷⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2805.

⁷⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2808.

⁷⁶ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 36; STJUE 5 diciembre 2019, *Ordre des avocats du barreau de Dinant*, C421/18 (ECLI:EU:C:2019:1053), apartado 25; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 23.

⁷⁷ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 37; STJUE 5 diciembre 2019, *Ordre des avocats du barreau de Dinant*, C421/18 (ECLI:EU:C:2019:1053), apartado 26; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 25.

⁷⁸ STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 26.

⁷⁹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 38; Auto TJUE 19 noviembre 2019, *INA y otros*, C200/19, no publicado (ECLI:EU:C:2019:985), apartado 27; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 27. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2812.

de la comunidad de propietarios. De los asuntos *Kerr e INA y otros*, ya mencionados, se desprende que, aunque dicha relación también existe cuando se trata de un propietario que no era parte de los estatutos de la comunidad de propietarios, tal y como fueron aprobados por los propietarios iniciales, no impide que sea aplicación el foro especial en materia contractual, recogido en el art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis⁸⁰. En este sentido, al adquirir y conservar la condición de copropietario de un inmueble cada copropietario consiente en someterse a la totalidad de las disposiciones del acto que regula el correspondiente inmueble en régimen de propiedad horizontal, como son los estatutos de la comunidad de propietarios, y a los acuerdos aprobados por la junta general de propietarios del mismo⁸¹.

24. En definitiva, el TJUE señala que en el asunto *Ellmes*, según el órgano jurisdiccional remitente, del Derecho austríaco se puede deducir que entre los propietarios en régimen de propiedad horizontal existe una relación contractual asumida voluntariamente en virtud de los estatutos de la comunidad de propietarios⁸².

B) Lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda

25. Para determinar si el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda es aquel en el que se halla situado el bien inmueble, el TJUE recuerda que el art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis, señala que los litigios en materia contractual pueden ser dirimidos por el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda⁸³.

Por lo tanto, el TJUE no hace referencia alguna al art. 7.1.b) del Reglamento Bruselas I-bis, aplicable únicamente cuando se trata de contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. Efectivamente, nada en el litigio principal hace indicar que se trate de la compraventa de mercaderías o de la prestación de servicios⁸⁴. Es importante esta distinción, porque el art. 7.1.b) define de forma autónoma los criterios de conexión para los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios. De forma que en virtud de dicho precepto, serían competentes los tribunales del lugar de entrega de las mercaderías y de prestación de servicios, respectivamente, por ser considerado este, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, con independencia de que la obligación incumplida sea la entrega o el pago⁸⁵.

⁸⁰ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 78.

⁸¹ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 39; Auto TJUE 19 noviembre 2019, *INA y otros*, C200/19, no publicado (ECLI:EU:C:2019:985), apartado 29; STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 29. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2812.

⁸² STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 40.

⁸³ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 42.

⁸⁴ Parece bastante razonable que el litigio suscitado no trata sobre una compraventa de mercaderías. Tampoco se trata de un contrato de prestación de servicios, puesto que para que sea considerado como tal, es necesario, como mínimo, que la parte que presta tales servicios lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración (STJUE 8 mayo 2019, *Kerr*, C25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), apartado 39; STJUE 8 marzo 2018, *Saey Home & Garden*, C64/17 (ECLI:EU:C:2018:173), apartado 38; STJUE 15 junio 2017, *Kareda*, C249/16 (ECLI:EU:C:2017:472), apartado 35; STJUE 10 septiembre 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C47/14 (ECLI:EU:C:2015:574), apartado 57; STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C9/12 (ECLI:EU:C:2013:860), apartado 37; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C533/07 (ECLI:EU:C:2009:257), apartado 29. *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 74.

⁸⁵ Se debe destacar que dicho lugar de entrega de las mercaderías y de prestación de servicios, en principio, tiene que estar establecido en el contrato, pues en la redacción del precepto se añade el inciso “según el contrato” y si no está fijado en el contrato, el art. 7.1.b) no debería ser de aplicación. Sin embargo, como el objetivo que tenía el legislador cuando desarrolló el art. 7.1.b) era que dicho artículo tuviera un carácter autónomo, de forma que para algunos contratos se pudiera determinar el tribunal competente sin tener que acudir al Derecho material aplicable al contrato; el TJUE en la sentencia *Car Trim* obvia la expresión “según el contrato” y establece que incluso aunque las partes no hayan pactado en el contrato el lugar de entrega de la mercancía, ésta deberá determinarse de una manera material, o lo que es lo mismo, sin acudir a la Ley del contrato, en función

Sin embargo, teniendo en cuenta el principio derivado de la sentencia *Tessili Italiana Como*, el art. 7.1.a) prevé que el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda deberá determinarse con arreglo a la ley por la que se rige dicha obligación controvertida, en virtud de las normas de conflicto del Estado del foro⁸⁶. Esto quiere decir que, para determinar el tribunal competente en virtud de este precepto, es preciso conocer la ley aplicable a dicha obligación.

26. En cuanto a la obligación que sirva de base a la demanda, para el órgano jurisdiccional austríaco, el hecho de utilizar su apartamento del modo acordado constituye una de las obligaciones de los propietarios en régimen de propiedad horizontal. Si bien, mientras que para SP, se trata de una “obligación de actuar”, es decir, de utilizar un bien de conformidad con su uso declarado, tal como se establece en los estatutos de la comunidad de propietarios.

Por el contrario, para Ellmes se trata de una “obligación de no actuar”, esto es, una obligación de abstenerse de alquilar el apartamento con fines turísticos. Pero lo más importante es que la demandante considera que dicha “obligación de no actuar” no está sometida a ninguna limitación geográfica, existiendo múltiples lugares en los que se haya cumplido o deba cumplirse. En consecuencia, para Ellmes, a la luz de la sentencia *Besix*, no sería de aplicación el art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis en este litigio⁸⁷.

27. El Abogado General, por un lado, señala que efectivamente está de acuerdo con Ellmes en que se trata de una obligación de no actuar⁸⁸. Sin embargo, no está de acuerdo en que dicha obligación de no actuar debería cumplirse sin restricciones geográficas, de forma que la aplicación del art. 7.1.a) de Reglamento Bruselas I-bis quedaría excluida⁸⁹.

Para el Abogado General, las circunstancias del asunto objeto de estudio no son comparables a las del asunto que dio lugar a la sentencia *Besix*⁹⁰. El órgano jurisdiccional remitente en dicho asunto determinó el lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión teniendo en cuenta el precedente establecido por la sentencia *Tessili Italiana Como*, según el cual este lugar tendría que ser fijado por la ley

de “algún otro criterio que se atenga a la génesis, los objetivos y el sistema del Reglamento”. Así pues, el TJUE consideró que el lugar de la “entrega material” de las mercaderías, como lugar del “destino final”, se adaptaba mejor a los objetivos del Reglamento Bruselas I-bis, de otorgar la competencia judicial internacional a un tribunal próximo y que fuese previsible para las partes, puesto que las mercancías, que son en definitiva el objeto material del contrato, en principio deberían encontrarse en ese lugar del destino final tras la ejecución del propio contrato. En este sentido, lo relevante para el TJUE, es tener un criterio autónomo para determinar el lugar de entrega de la mercancía, a falta de cláusula contractual entre las partes que lo estipule, que en el caso de la venta por correspondencia es el lugar de entrega material de las mercaderías al comprador, entendiendo ese lugar como el lugar de destino final de la operación de compraventa, tal y como se puede extraer de las sentencias *Car Trim* (STJCE 25 febrero 2010, *Car Trim*, C-381/08, *Rec.* 2010, p. I-01255, apartados 58-60) y *Electrosteel* (STJUE 9 junio 2011, *Electrosteel*, C-87/10, *Rec.* 2010, p. I-00000, apartados 22-23 y 26). Tampoco el inciso “*salvo pacto en contrario*” de la redacción del art. 7.1.b) del Reglamento Bruselas I-bis ha sido interpretado de manera uniforme, de forma que se había sugerido que éste no puede ser de aplicación cuando las partes hayan pactado en el contrato un lugar de pago del precio. Sin embargo, esta lectura del precepto no es evidente, además de que vuelven a aparecer los problemas que se querían evitar con la redacción del art. 7.1.b) del Reglamento Bruselas I-bis, es decir vuleve a haber múltiples lugares de ejecución en relación con el mismo contrato y se tiene que acudir a la Ley que rige el contrato para averiguar si el lugar del pago del precio es válido conforme a dicha Ley. *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2814-2834.

⁸⁶ STJCE 6 octubre 1976, *Tessili Italiana Como*, 12/76 (ECLI:EU:C:1976:133).

⁸⁷ STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, C256/00 (ECLI:EU:C:2002:99). *Vid.*, Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 79.

⁸⁸ Considera que en la medida en que se trata de una acción de cesación, de dejar de hacer algo, la obligación que sirve de base a la demanda consiste en una obligación de no actuar. En su opinión, se trata de no modificar, de una manera no conforme con los estatutos de la comunidad de propietarios, el uso declarado de un bien en el lugar en el que esté situado (Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 80).

⁸⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 81.

⁹⁰ En el asunto *Besix*, la obligación contractual controvertida consistía en un compromiso de actuar exclusivamente con otra parte contratante a fin de presentar una oferta conjunta en relación con un contrato público y de no vincularse con otras empresas (STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, C256/00 (ECLI:EU:C:2002:99)).

designada según las normas de conflicto de leyes del Estado del foro⁹¹. A continuación, estableció, sobre la base de la ley aplicable a esta obligación, que esta debía cumplirse en cualquier lugar del mundo⁹². En cambio, en el asunto *Ellmes*, el órgano jurisdiccional remitente no ha identificado de forma definitiva la obligación que sirve de base a la acción de SP, ni tampoco posteriormente el lugar en el que deba cumplirse dicha obligación⁹³.

Además, en opinión del Abogado General, la consideración de *Ellmes* según la cual una obligación de no actuar, como la controvertida, no tendría un lugar de cumplimiento específico, no tiene en cuenta el precedente arriba señalado de la sentencia *Tessili Italiana Como*⁹⁴. Sin embargo, no cabe excluir que la ley aplicable a esta obligación permita identificar el lugar en el que deba cumplirse la referida obligación y que este lugar se corresponda con aquel en el que se sitúa el apartamento sujeto al régimen de propiedad horizontal. En este sentido, es el órgano jurisdiccional remitente el que deberá efectuar las comprobaciones correspondiente, pero siempre que dicho lugar de cumplimiento venga determinado por la ley aplicable designada por las normas de conflicto del Estado del foro⁹⁵.

28. Por su parte el TJUE no entra a valorar si se trata de una obligación de actuar o no actuar, pero coincide con el Abogado General en que el concepto de obligación del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis está haciendo referencia a la obligación correspondiente al derecho contractual en el que se fundamenta la acción del demandante, según reiterada jurisprudencia⁹⁶. De forma acertada, señala que la acción ejercitada por SP pretende obligar a *Ellmes* a utilizar el apartamento conforme al uso declarado en los estatutos de la comunidad de propietarios o lo que es lo mismo, a que deje de modificar ese uso⁹⁷.

No obstante, a diferencia del Abogado General, el TJUE en el presente asunto no señala la obligatoriedad de tener que acudir a la norma de conflicto del Estado del foro, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, al menos no está puesto de manifiesto de forma clara, a mi juicio. Es más, el TJUE señala que de la resolución de remisión –sin especificar la norma de conflicto austríaca aplicable– se desprende que la obligación de respetar el uso declarado como vivienda en los estatutos de la comunidad de propietarios forma parte del derecho protegido de manera absoluta del que goza todo propietario en régimen de propiedad horizontal. Por lo tanto, mediante esta obligación, se pretende garantizar al propietario de un elemento privativo, como es el apartamento, el disfrute pacífico del mismo. En consecuencia, dicha obligación se refiere al uso concreto del apartamento y debe cumplirse en el lugar en el que este se encuentre situado⁹⁸. Aunque el TJUE añade que el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar este último aspecto, está fijando directamente como lugar de cumplimiento de la obligación de respetar un derecho protegido de los propietarios en régimen de propiedad horizontal, concretamente el uso pacífico del apartamento, el lugar en el que se halla situado dicho bien inmueble.

En este sentido, el TJUE introduce una nueva línea interpretativa a la señalada por la sentencia *Tessili Italiana Como*, cuando se trate de derechos protegidos de manera absoluta de los que gozan los propietarios en régimen de propiedad horizontal, en las circunstancias antes señaladas; de forma que no se ha de acudir obligatoriamente a la norma de conflicto del Estado del foro, para determinar el tribunal competente en virtud del foro especial establecido por el art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis.

29. Para el TJUE la solución adoptada responde al objetivo de previsibilidad de las reglas de competencia previstas por el Reglamento Bruselas I-bis, ya que un propietario vinculado por los esta-

⁹¹ STJCE 6 octubre 1976, *Tessili Italiana Como*, 12/76 (ECLI:EU:C:1976:133).

⁹² STJCE 19 febrero 2002, *Besix*, C256/00 (ECLI:EU:C:2002:99), apartados 16-20.

⁹³ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 82.

⁹⁴ STJCE 6 octubre 1976, *Tessili Italiana Como*, 12/76 (ECLI:EU:C:1976:133).

⁹⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 83.

⁹⁶ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 42; STJUE 16 noviembre 2016, *Schmidt*, C417/15 (ECLI:EU:C:2016:881), apartado 39; STJCE 6 octubre 1976, *De Bloos*, 14/76 (ECLI:EU:C:1976:134), apartados 10-13.

⁹⁷ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 43.

⁹⁸ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 44.

tutos de una comunidad de propietarios en los que se establece su uso como vivienda puede esperar de manera razonable que, si modifica arbitraria y unilateralmente dicho uso y pasa a ser utilizado como alquiler vacacional, será demandado ante los tribunales del lugar en que esté situado dicho bien inmueble⁹⁹. Además, el estrecho vínculo entre dichos tribunales y el litigio principal, es otro de los motivos por los que estos se encuentran en mejores condiciones para conocer de ese litigio, lo cual facilita una buena administración de la justicia¹⁰⁰.

También el Abogado General señala que existen numerosas razones por las que la ley aplicable debería reconocer la pertinencia del lugar de situación de un bien cuyo uso declarado no puede modificarse. Además, lo justifica por la proximidad entre el litigio y el foro competente, así como por evitar el recurso excesivo al *forum actoris*. Sin embargo, también puntualiza que teniendo en cuenta la naturaleza de la remisión a un derecho sustantivo, que sirve de fundamento al art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis, no es posible excluir que la ley aplicable determine el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación contractual controvertida por referencia al domicilio de un deudor o de un acreedor¹⁰¹.

Sin embargo, el Abogado General, también reconoce que el TJUE no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para aportar aclaraciones adicionales sobre la aplicación de este principio, dadas las circunstancias del presente asunto. Pues una de las partes del litigio principal señala que los estatutos de la comunidad de propietarios son del año 1978. En consecuencia, ya adelanta en sus Conclusiones el Abogado General que es poco probable que la ley aplicable a la obligación contractual controvertida sea designada por normas de conflicto que el TJUE pueda interpretar¹⁰².

Por ello, se entiende la solución adoptada finalmente por el TJUE en el presente asunto, de evitar el recurso a la norma de conflicto del Estado del foro, al señalar que la obligación del propietario de respetar y no alterar unilateralmente el uso declarado de un elemento privativo, para garantizar el disfrute pacífico del mismo, sólo puede cumplirse en el lugar en el que se encuentre situado el bien inmueble en régimen de propiedad horizontal. Si bien, el tribunal austríaco deberá comprobar que esta interpretación es la correcta.

30. Dicho foro especial en materia contractual hace competentes a los tribunales austríacos, que son los tribunales de un Estado distinto al del domicilio del demandado, los tribunales del Reino Unido. Por lo tanto, este foro sería perfectamente válido, al ser competentes los tribunales austríacos por tratarse del lugar en el que se encuentra situado el bien inmueble, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis. Todo ello, sin perjuicio de la comprobación que deba efectuar al respecto el órgano jurisdiccional remitente, en relación a los aspectos señalados por el TJUE¹⁰³.

⁹⁹ En contra *vid.*, C.-D. ALOMAR MARTÍN, “Nota acerca de la sentencia del TJUE, de 11 de noviembre de 2020, asunto C-433/19, Ellmes Property Services Limited y SP”, *Bitácora Millennium Derecho internacional privado*, núm. 13, 2021, pp. 31-32. En opinión de la autora para el propietario incumplidor lo previsible hubiera sido que este hubiera sido demandado ante los tribunales de su domicilio, en virtud del foro general del art. 4 del RB-I bis, sobre todo cuando una acción como la entablada en este asunto era de dudosa cabida en el concepto “materia contractual”. Sin embargo, ya en las sentencias *Kerr e INA y otros* se había puesto de manifiesto que cuando se trata de acciones entre personas miembros de una asociación y entre copropietarios, una obligación de los propietarios respecto de la comunidad debe ser considerada una obligación jurídica libremente asumida, por lo que constituye “materia contractual”. Por otro lado, el foro en materia contractual es un foro alternativo al foro general, también denominado “foro de ataque”, precisamente pensado para otorgarle al demandante la posibilidad adicional de interponer su demanda ante tribunales de un Estado diferente al del domicilio del demandado y evitar así el recurso excesivo al *forum actoris*.

¹⁰⁰ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartados 45-46.

¹⁰¹ En Derecho italiano, el lugar de cumplimiento de una obligación dineraria es el domicilio del acreedor (art. 1182 CC italiano). En Derecho español y a falta de designación por las partes, el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor (art. 1171 CC). *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2835. *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 83.

¹⁰² Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Szpunar, presentadas el 18 de junio de 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:482), apartado 84.

¹⁰³ STJUE 11 noviembre 2020, *Ellmes Property Services Limited c. SP*, C433/19 (ECLI:EU:C:2020:900), apartado 47.

III. Conclusiones: consecuencias para supuestos similares que vinculen a apartamentos vacacionales situados en España

31. En primer lugar, el TJUE concluye que para que la facultad del propietario de exigir el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios se encuentre dentro de la protección absoluta de todo propietario en régimen de propiedad horizontal, dicho uso tendrá que surtir efectos frente a los demás propietarios y frente a terceros, es decir, *erga omnes*. Por lo que, si el tribunal remitente austríaco verifica este extremo, la acción de cesación en el uso con fines turísticos de un bien inmueble en régimen de propiedad horizontal, cuando su uso declarado es el de vivienda, únicamente podría presentarse ante los tribunales austríacos en virtud del foro exclusivo del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, por tratarse del lugar de situación del bien inmueble.

Aunque el TJUE y el Abogado General llegan a la misma conclusión en su respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Abogado General ha procedido a adelantar cuál sería la solución al presente asunto, mediante la información aportada del Derecho austríaco, sobre todo. Pues bien, el Abogado General concluye que no parece que la demandante, SP, pueda acogerse al foro exclusivo, en el caso de que el uso acordado en los estatutos de la comunidad de propietarios solo pueda oponerse a las personas que hayan consentido someterse a dichos estatutos; y aunque dicho uso fuese oponible frente a los nuevos propietarios, puede que tampoco produzca efectos *erga omnes*, tal y como sucedió en los asuntos *Kerr e INA y otros*. De las informaciones aportadas, no se puede deducir de forma clara, que el uso acordado tenga efectos *erga omnes* y que este derecho de uso tenga que estar protegido por un foro exclusivo, como sí ocurrió en el asunto *Weber*.

Si bien es cierto que, en cualquier caso, el TJUE ha ampliado el elenco de derechos protegidos por foros exclusivos, a pesar del carácter restrictivo que tiene la regla de competencia del art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis. Concretamente, el uso declarado en los estatutos de la comunidad formaría parte de las prerrogativas que el título de propiedad les atribuye a sus titulares, así que se debe garantizar el derecho de un propietario a que el uso acordado no sea modificado unilateralmente y de manera arbitraria por parte de otro propietario. Por lo que una acción que se entabla con el fin de proteger ese derecho versaría sobre la materia de derechos reales, siempre que el tribunal remitente compruebe que el uso declarado del bien inmueble en los estatutos de la comunidad de propietarios produce efectos *erga omnes*.

32. Al hilo de esta última afirmación, podría suceder que como consecuencia de que uno de los propietarios utiliza el apartamento o el bien inmueble como alquiler vacacional, éste fuera demandado por el otro propietario solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento por estar modificando el uso pactado en los estatutos de la comunidad de propietarios; con el consiguiente perjuicio para el arrendatario, que podría ver frustradas sus vacaciones e incluso no llegar a recuperar el dinero del alquiler del bien inmueble, en última instancia.

Cabe preguntarse entonces, si el uso declarado del bien inmueble en los estatutos de la comunidad de propietarios podría oponerse frente al arrendatario que ha firmado un contrato de arrendamiento con uno de los propietarios que no está respetando el uso acordado. En cuyo caso, se podría considerar que tal uso declarado produce efectos *erga omnes*, si además los estatutos de la comunidad de propietarios están inscritos en el Registro de la Propiedad, de forma que exista un acceso público que permita conocer estos datos.

Si bien, en la práctica, desde que el propietario demanda al otro propietario, solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento por modificar el uso acordado en los estatutos de la comunidad, hasta que los tribunales resuelven el asunto dándole la razón al propietario demandante, el arrendatario ya ha disfrutado de sus vacaciones. Por lo tanto, no se soluciona el problema, que es derecho al disfrute pacífico del bien inmueble que tiene todo propietario en régimen de propiedad horizontal, así que como mucho podría solicitar al propietario incumplidor una indemnización por daños y perjuicios.

En caso de que se produjera la situación excepcional, de que se dictara sentencia declarando nulo o inválido el contrato de alquiler vacacional por no estar previsto dicho uso en los estatutos de la

comunidad de propietarios, o bien cuando el arrendatario está disfrutando de sus vacaciones, o bien cuando todavía no las ha iniciado –pero que ya las ha pagado–; el perjudicado sería el inquilino que vería anuladas sus vacaciones, o en el mejor de los casos interrumpidas. Por lo que, el propietario incumplidor es el que deberá responder frente a la posible demanda del arrendatario, solicitando la devolución del dinero total o parcial, así como una posible indemnización por daños y perjuicios. En cuyo caso se plantearía un problema en la relación propietario-arrendatario, que podría justificar la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de situación del bien inmueble. Tal y como señala el TJUE en la sentencia *Lieber*, la relación propietario-arrendatario implica una serie de derechos y obligaciones además de la relacionada con el alquiler. Esta relación se rige por normas particulares, algunas de las cuales de carácter imperativo, del Estado en que se encuentra el bien inmueble objeto del contrato de arrendamiento, como son, las que determinan a quién incumbe la responsabilidad de mantener el inmueble en buen estado y el pago de los impuestos sobre inmuebles, las que regulan las obligaciones del arrendatario del inmueble frente a los vecinos, así como las que controlan o limitan el derecho del propietario a recuperar la posesión del inmueble al finalizar el arrendamiento. Si bien, habrá que determinar si el objeto de la demanda antes planteada por el arrendatario contra el propietario incumplidor justifica la competencia exclusiva de los tribunales del lugar de situación del bien inmueble¹⁰⁴.

33. En el caso de que el órgano jurisdiccional austríaco determine que el uso acordado de un bien inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal no es oponible *erga omnes*, no serían competentes los tribunales austríacos en virtud del foro exclusivo, pero podrían ser competentes por el foro especial en materia contractual del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis, por tratarse del lugar en el que se encuentra situado dicho bien inmueble.

Se debe destacar que existen diferencias sustanciales entre que la competencia sea atribuida en virtud de un foro exclusivo o en virtud de un foro especial por razón de la materia, aunque ambos foros de competencia remitan a los tribunales austríacos. En primer lugar, el art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis establece la competencia exclusiva en favor de los órganos jurisdiccionales de un único Estado miembro. Así, quedarían excluidas otras reglas de competencia del Reglamento Bruselas I-bis, como son el foro del domicilio del demandado, el foro especial en materia contractual o la sumisión expresa a favor de determinados órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Dicha regla de competencia exclusiva se aplica con independencia del domicilio de las partes.

En cambio, si la acción controvertida en el litigio principal no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 24 del Reglamento Bruselas I-bis, la demandante, SP, podría recurrir entonces a la regla general, del domicilio del demandado, *ex. art. 4*, que nos llevaría a los tribunales del Reino Unido. Si bien, dicha regla no tiene carácter exclusivo, de forma que también pueden ser competentes alternativamente los tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve a la demanda, de conformidad con el foro especial por razón de la materia, *ex. art. 7.1.a)* del Reglamento Bruselas I-bis. Dicho precepto sólo es aplicable cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y cuando se le demanda ante un tribunal de un Estado miembro distinto a aquel en el que está domiciliado. En el presente asunto, como el foro general atribuye competencia a los tribunales del Reino Unido y el foro especial, en principio, otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales austríacos, el demandante tendría la opción de plantear la demanda ante cualquiera de estos dos tribunales.

Además, si el tribunal austríaco considerase que el derecho de uso declarado del apartamento no tuviese que estar protegido por un foro exclusivo, las partes también tendrían la posibilidad de elegir un fuero, con arreglo al art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis. Así que, aunque el foro especial en materia contractual haga competentes a los tribunales austríacos, –si así lo considera el TJUE en respuesta a la segunda cuestión prejudicial–, el pacto de sumisión a favor de los tribunales austríacos sería válido, siempre que el pacto de sumisión tenga carácter exclusivo. De forma que, si se cumplen todos los requisitos de validez de dicho acuerdo de sumisión, este prevelecería tanto sobre el foro general como sobre el foro especial, atribuyendo competencia a los tribunales austríacos con carácter exclusivo.

¹⁰⁴ STJCE 9 junio 1994, *Lieber*, C292/93 (ECLI:EU:C:1994:241), apartado 20.

Por último, a diferencia de los foros exclusivos, el foro especial en materia contractual, *ex. art. 7.1 del Reglamento Bruselas I-bis*, atribuye tanto competencia judicial internacional, como competencia territorial.

34. En lo que respecta a si la demanda controvertida entraría dentro del ámbito de aplicación del foro especial, tanto el TJUE como el Abogado General coinciden en que el concepto de obligación del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis está haciendo referencia a la obligación correspondiente al derecho contractual en el que se fundamenta la acción del demandante.

En este sentido, el TJUE señala que la acción ejercitada por SP pretende obligar a Ellmes a utilizar el apartamento conforme al uso declarado en los estatutos de la comunidad de propietarios o lo que es lo mismo, a que deje de modificar ese uso. Por lo tanto, mediante esta obligación, se pretende garantizar al propietario de un elemento privativo, como es el apartamento, el disfrute pacífico del mismo. En consecuencia, dicha obligación se refiere al uso concreto del apartamento y debe cumplirse en el lugar en el que este se encuentre situado. Aunque el TJUE añade que el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar este último aspecto, está fijando directamente como lugar de cumplimiento de la obligación de respetar un derecho protegido de los propietarios en régimen de propiedad horizontal, concretamente el uso pacífico del apartamento, el lugar en el que se halla situado dicho bien inmueble.

En mi opinión esta interpretación es la más controvertida de la sentencia. Pues, a diferencia del Abogado General, el TJUE en el presente asunto no señala la obligatoriedad de tener que acudir a la norma de conflicto del Estado del foro, para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, al menos no se ha puesto de manifiesto de forma clara.

En este sentido, el TJUE introduce una nueva línea interpretativa a la señalada por la sentencia *Tessili Italiana Como*, cuando se trate de derechos protegidos de manera absoluta de los que gozan los propietarios en régimen de propiedad horizontal, en las circunstancias antes señaladas; de forma que no se ha de acudir obligatoriamente a la norma de conflicto del Estado del foro, para determinar el tribunal competente en virtud del foro especial establecido por el art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis.

Para el TJUE la solución adoptada responde al objetivo de previsibilidad de las reglas de competencia previstas por el Reglamento Bruselas I-bis y al estrecho vínculo entre dichos tribunales y el litigio principal. Además, los estatutos de la comunidad de propietarios datan del año 1978, por lo que tal y como señala el Abogado General en sus Conclusiones, era poco probable que la ley aplicable a la obligación contractual controvertida fuese designada por normas de conflicto que el TJUE pudiese interpretar; como así se ha puesto de manifiesto.

Sin embargo, el hecho de que el TJUE no haya tenido en cuenta la naturaleza de la remisión a un derecho sustantivo, que sirve de fundamento al art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis, sí que hubiera alterado al resultado final. Precisamente la *lex contractus*, designada por la norma del conflicto austríaca, hubiera remitido al domicilio del deudor o al del acreedor, por lo que hubieran podido ser competentes en virtud del foro especial: o bien los tribunales austríacos, con lo que el resultado final hubiera sido el mismo; o bien los tribunales del Reino Unido, pero que no lo serían al quedar desactivado dicho foro especial por el foro general del domicilio del demandado.

En cualquier caso, será el órgano jurisdiccional remitente el que tendrá que realizar las comprobaciones necesarias, en relación a los aspectos señalados por el TJUE y decida finalmente si una acción como la controvertida en el litigio principal, se puede plantear ante los tribunales austríacos, en virtud del foro exclusivo o en virtud del foro especial en materia contractual del Reglamento Bruselas I-bis.

35. Para finalizar, una cuestión como la suscitada en el marco de la sentencia objeto de estudio podría plantearse ante los órganos jurisdiccionales españoles, cuando el inmueble se encuentre situado en España y el propietario incumplidor, es decir, el demandado se encuentre domiciliado en otro Estado miembro.

En este sentido, el art. 5.e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, excluye de su ámbito de aplicación este tipo de arrendamientos cuando esté sometido a un régimen específico derivado de una

normativa sectorial turística¹⁰⁵. Por otro lado, la Ley de Propiedad Horizontal, en su art. 17.12, prevé la posibilidad de que la junta de una comunidad de propietarios adopte acuerdos que limiten o condicionen el uso vacacional sometido a una normativa sectorial turística, tanto si el acuerdo implica modificación del título, como si no lo hace¹⁰⁶.

Por lo tanto, se pueden plantear dos posibilidades: que los estatutos de la comunidad de propietarios contemplen la prohibición de destinar los inmuebles a uso vacacional; o bien que el uso con fines turísticos no se encuentre prohibido por los estatutos de la comunidad, pero la junta de propietarios adopte acuerdos con el objetivo de limitar o condicionar el uso vacacional.

En ambos casos, se trataría de determinar, teniendo en cuenta la sentencia *Ellmes*, si el foro de competencia exclusiva del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis podría ser de aplicación, y, por lo tanto, atribuir la competencia judicial internacional a los tribunales españoles, con independencia del domicilio del demandado.

En Derecho español, al igual que bajo el Derecho austríaco, el uso declarado de un bien inmueble es una prerrogativa inherente al título de propiedad. Ahora bien, habrá que determinar si el uso declarado que se contempla en los estatutos de la comunidad de propietarios o en los acuerdos adoptados en la junta de propietarios produce efectos *erga omnes*. En caso de que la prohibición de destinar los inmuebles a uso vacacional esté contemplada en los estatutos de la comunidad de propietarios, la inscripción de dichos estatutos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo estipulado por la Ley de Propiedad Horizontal, sería un factor importante para poder confirmar la existencia de los efectos *erga omnes* que exige el TJUE¹⁰⁷.

No obstante, cuando el uso con fines turísticos de inmuebles en régimen de propiedad horizontal no esté prohibido por los estatutos de la comunidad, pero sí limitado o condicionado por acuerdos adoptados por la junta de propietarios, que dicho uso tenga carácter *erga omnes* dependerá de que estos acuerdos impliquen la modificación de los estatutos, y la consiguiente inscripción de la modificación en el Registro de la Propiedad¹⁰⁸.

Efectivamente, en lo referente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, se debe señalar que en muchos ordenamientos jurídicos como sucede en el español, el principio de publicidad se encuentra entre los principios derivados de la naturaleza de los derechos reales. En virtud de dicho principio, los derechos reales solo pueden ser respetados si las informaciones relativas a los mismos son accesibles al público en general. Precisamente es la inscripción en el Registro de la Propiedad de todas las informaciones relativas a un derecho sobre un bien corporal lo que provoca que ese derecho pueda invocarse frente a todos y constituya, en consecuencia, un derecho real.

No obstante, de las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Ellmes*, se puede afirmar que el hecho de que los estatutos de la comunidad de propietarios puedan consultarse en el Registro de la Propiedad, se debe a que se trata de un acto sobre el que la propiedad horizontal se ha constituido y se ha inscrito en dicho registro. En este sentido, los registros de la propiedad también pueden contener información que no guarde relación alguna con derechos que surtan efectos *erga omnes*. Por lo tanto, no será objeto de un foro exclusivo, en virtud del art. 24.1 del Reglamento Bruselas I-bis, una acción que se refiere a un acto mediante el cual el derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad se ha constituido, si dicha acción se fundamenta en un derecho personal.

Por lo tanto, tal y como señala el Abogado General en el asunto *Ellmes*, el hecho de que los estatutos de la comunidad de propietarios o las juntas de propietarios puedan ser consultados en el Registro de la Propiedad no implica necesariamente que el uso acordado pueda invocarse frente a todos. Si dicho uso fuera oponible *erga omnes*, la acción ejercitada con el fin de que se respete el uso pactado estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la regla de competencia señalada en el art. 24.1 del

¹⁰⁵ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, 25 noviembre 1994).

¹⁰⁶ Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (BOE núm. 176, 23 julio 1960). *Vid.* C.-D. ALOMAR MARTÍN, “Nota acerca de la sentencia del TJUE, de 11 de noviembre de 2020, asunto C-433/19, *Ellmes Property Services Limited y SP*”, *Bitácora Millennium Derecho internacional privado*, núm. 13, 2021, pp. 32-33.

¹⁰⁷ Art. 5, párrafo 4 Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (BOE núm. 176, 23 julio 1960).

¹⁰⁸ *Vid.* C.-D. ALOMAR MARTÍN, “Nota acerca de la sentencia del TJUE, de 11 de noviembre de 2020, asunto C-433/19, *Ellmes Property Services Limited y SP*”, *Bitácora Millennium Derecho internacional privado*, núm. 13, 2021, pp. 33-34.

Reglamento Bruselas I-bis. Por lo que serían competentes únicamente los tribunales españoles, por ser España el lugar de situación del bien inmueble, al tratarse de un foro exclusivo.

En el caso de que no se observase el carácter *erga omnes* del uso acordado, seguirían siendo competentes los tribunales españoles, en virtud del foro especial en materia contractual del art. 7.1.a) del Reglamento Bruselas I-bis, porque el derecho al uso pacífico del elemento privativo que tiene todo propietario en régimen de propiedad horizontal debe respetarse en el lugar en el que el bien inmueble se halle sito, tal y como se desprende de la sentencia *Elmes*. Eso sí, la competencia no sería exclusiva, puesto que los tribunales españoles serían competentes junto con los tribunales del Reino Unido, por ser el país en el que el demandado se encuentra domiciliado –art. 4 Reglamento Bruselas I-bis–, dado el carácter alternativo de ambos foros de competencia.

MANTENER LA ATENCIÓN EN LA DOCENCIA ONLINE: APLICACIÓN DEL CICLO DEL APRENDIZAJE ACELERADO AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

HOW TO KEEP ATTENTION IN ONLINE TEACHING: APPLYING THE CYCLE OF ACCELERATED LEARNING TO PRIVATE INTERNATIONAL LAW

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT*

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-2374-4267

Recibido:18.01.2022 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6708>

Resumen: El presente artículo propone una estrategia instruccional para la enseñanza del Derecho internacional privado a través de clases por videoconferencia. El trabajo parte de la premisa siguiente: para conseguir una atención continuada de los alumnos y un aprendizaje eficaz se ha de adaptar la estrategia de la clase presencial al escenario virtual. Para conseguirlo, la Pedagogía ha propuesto varios modelos de lo que se conoce como “diseño instruccional”, esto es, modelos que sirven al profesor para diseñar la enseñanza que quiere impartir. El modelo que más se adapta a la docencia online mediante una herramienta de videoconferencia es el “ciclo acelerado del aprendizaje en el aula”.

Palabras clave: diseño instruccional, estrategia instruccional, Derecho internacional privado, docencia online, videoconferencia, atención continuada.

Abstract: This paper proposes an instructional strategy for teaching private international law through videoconference classes. The paper starts from the following premise: in order to achieve continuous student attention and effective learning, the face-to-face classroom strategy must be adapted to the virtual scenario. To achieve this, pedagogy has proposed several models of what is known as “instructional design”, i.e., models that help teachers to design the online lessons they want to teach. The model best suited for teaching via videoconference is the “accelerated classroom learning cycle”.

Keywords: instructional design, instructional strategy, private international law, e-learning, lessons via videoconference, sustained attention.

Sumario: I. La distracción de los estudiantes: la gran amenaza de las clases virtuales. II. La solución: diseñar una buena estrategia instruccional para la docencia online. III. La materia respecto

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa), 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, página web: <https://proyectoromaeuropa.com>), 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), dirigido por Javier Carrascosa.

a la que se va a diseñar la estrategia instruccional virtual: el Derecho internacional privado. 1. El Derecho internacional privado como disciplina jurídica. 2. El Derecho internacional privado en el currículum del grado en Derecho de la Universidad de Murcia. 3. Condicionantes de la estrategia instruccional de la asignatura en la Universidad de Murcia. IV. El modelo de ID escogido: el ciclo del aprendizaje acelerado. V. Aplicación del ciclo del aprendizaje acelerado a la docencia online del Derecho internacional privado. 1. Preparación. 2. Conexión. 3. Presentación creativa. 4. Activación. 5. Integración. VI. Consideraciones finales.

I. La distracción de los estudiantes: la gran amenaza de las clases virtuales

1. En los años 80 se descubrió que los estudiantes obtenían beneficios significativos en el aprendizaje al introducirse medios audiovisuales en las clases¹. Estos beneficios se dieron por supuestos al introducirse la docencia completamente online y junto a ellos se listaron otros como la concentración de estudiantes en tiempo y lugar y flexibilidad de acceso a los recursos educativos².

2. En los últimos tiempos, la misma doctrina que defendía la docencia virtual ha subrayado que ésta favorece uno de los mayores peligros para un aprendizaje efectivo: la falta de atención continua³. Tanto es así que son muchas las voces que recomiendan volver a la educación tradicional en la que se ha llamado la “Era de la interrupción”⁴. Este término hace referencia a las continuas distracciones que sufre un alumno cuando trata de aprender en un ordenador continuamente conectado a internet y por lo tanto abierto a toda la información e interacción social que éste ofrece. De hecho, en Estados Unidos proliferan las escuelas “libres de tecnología” que apuestan por una educación enteramente analógica⁵.

II. La solución: diseñar una buena estrategia instruccional para la docencia online

3. Durante la crisis sanitaria vivida desde 2020, la docencia digital no ha sido una opción sino una imposición. En este contexto se ha de tratar de obtener el mayor grado de aprendizaje posible de los alumnos, independientemente de las evidencias doctrinales o preferencias personales a favor de la enseñanza presencial. Para ello, el gran reto de los docentes es precisamente conseguir que los alumnos mantengan una atención continua durante las clases virtuales.

4. Como bien habrán comprobado todos los docentes que se encuentren ante estas páginas, para ello no es suficiente con “trasplantar” el formato de las clases presenciales al ámbito virtual. El éxito reside en modificar la dinámica de la clase o estrategia instruccional (“*instructional strategy*” o “IS”), de forma que permita una atención continuada y un aprendizaje eficaz en un escenario de “*e-learning*”⁶.

¹ E. CLARK, “Reconsidering research on learning from media”, *Review of educational research*, vol. 53, vol. IV, 1983, pp. 445-459;

² M. ALLY, “Foundations of educational theory for online learning”, *Theory and practice of online learning*, n. 2, 2004, pp. 15-44.

³ Como señala E. ROSE, “Continuous partial attention: Reconsidering the role of online learning in the age of interruption”, *Educational Technology*, 2010, vol. 50, no 4, p. 41-46, el término “*continuous partial attention*” se acuñó en los años 90 para describir la naturaleza dispersa de la atención en un entorno online.

⁴ T. FRIEDMAN, “The age of interruption”, *The New York Times*, 5 July 2006, available at <https://www.nytimes.com/2006/07/05/opinion/05friedman.html?scp=1&sq=Friedman&st=n2006> (fecha de última consulta: 17/01/2022); E. ROSE, “Continuous partial attention: Reconsidering the role of online learning in the age of interruption”, *Educational Technology*, 2010, vol. 50, no 4, p. 41-46.

⁵ “Los gurús de las nuevas tecnologías crían a sus hijos sin pantallas”, *Diario El País*, Especial “Crecer conectados”, 24 de marzo de 2019, disponible en: <https://elpais.com/especiales/2019/crecer-conectados/gurus-digitaes/> (fecha de última consulta: 17/01/2022).

⁶ M. D. MERRILL, “A Task-Centered Instructional Strategy”, *Journal of Research on Technology in Education*, vol. 40, n. 1, pp. 5-22.

5. La pedagogía ha ofrecido hasta el momento numerosos modelos de “diseño instruccional” (“*instructional design*” o “ID”) que permiten a los docentes planificar una IS adecuada. El ID se puede definir como un conjunto de procedimientos para planificar una enseñanza que permitan un aprendizaje efectivo⁷. Los primeros modelos de ID que existieron se pensaron para la docencia tradicional, pero muchos han defendido su aplicabilidad a la docencia virtual⁸. Otra parte de la doctrina científica ha detectado la necesidad de proporcionar nuevos modelos especialmente diseñados para la enseñanza virtual, que sean más flexibles y menos lineales⁹.

6. Tanto los modelos tradicionales como los específicamente creados para el entorno digital han sido testeados y aplicados para crear la estrategia instruccional online de muchas ramas del conocimiento, sobre todo en el campo de los cursos de negocios, con incontestado éxito¹⁰. No obstante, estos modelos se han usado muy poco en el campo de las ciencias jurídicas¹¹. Los resultados sobre su aplicación a la enseñanza online del Derecho internacional privado son simplemente inexistentes¹².

⁷ M.D. ROYBYER, *Introduction to systematic instructional design for traditional, online and blended environments*, Pearson Education Inc., New Jersey, 2015, pp. 3-4.

⁸ Los dos modelos más tradicionales son dos. El primero, es el tradicional modelo “ADDIE”, cuyo nombre responde a las siglas de Análisis (“*Analysis*”), Diseño (“*Design*”), Desarrollo (“*Development*”), Implementación (“*Implementation*”) y Evaluación (“*Evaluation*”). En cuanto a su origen y contenido, señala M. MOLEDA, “In search of the elusive ADDIE model”, *Performance Improvement*, vol. 42, n. 5, 2003, pp. 34-37, p. 34: “*La etiqueta no parece tener un único autor, sino que ha evolucionado de manera informal a través de la tradición oral. No existe un modelo original totalmente elaborado, sino un término general que se refiere a una familia de modelos que comparten una estructura subyacente común*” (“*The label seems not to have a single author, but rather to have evolved informally through oral tradition. There is no original, fully elaborated model, just an umbrella term that refers to a family of models that share a common underlying structure*”). El segundo es el modelo de Dick, Carey y Carey, que data de 1978. Su versión actualizada puede encontrarse en W. DICK / L. CAREY / J.O. CAREY, *The systematic design of instruction*, Pearson Education, New Jersey, 2014. Este modelo es más científico y rígido en cuanto al contenido de cada una de las fases del mismo, pero ha sido criticado por tratar al estudiante como un mero “consumidor de contenidos y materiales”, no como una parte activa del proceso de aprendizaje. Estas críticas las hace, entre otros, D. MORRISON, “Start here: Instructional design models for online courses”, *Online Learning Insight*, entrada de 25 de abril de 2016, disponible en: <https://onlinelearninginsights.wordpress.com/2013/05/28/start-here-instructional-design-models-for-online-courses/> (fecha última consulta 16/01/2022). Como se verá después, ambos han sido superados por el modelo del aprendizaje acelerado o “*accelerated learning*”, propuesto por A. SMITH, *Accelerated Learning in the classroom*, Bloomsbury, Stafford, 1996 y ahora el preferido de la Alianza Internacional para el Aprendizaje.

⁹ El profesor Li-Ling Chen, de la Universidad del Estado de California, subraya la importancia de desarrollar un ID eficaz para las clases virtuales con las siguientes palabras: “*existe una fuerte necesidad de desarrollar un modelo de diseño instruccional eficaz para facilitar el desarrollo y la impartición de clases en entornos de aprendizaje en línea. Un curso en línea mal diseñado suele confundir a los estudiantes, hacerles perder la concentración y hacerles sentir frustrados. Los estudiantes en línea no sabrán por dónde empezar, qué hacer, cuándo comunicarse y cómo aprender si un curso en línea no está bien diseñado. Por lo tanto, el desarrollo de un modelo de diseño instruccional pedagógicamente eficaz es esencial ahora más que nunca, ya que cada vez más el aprendizaje se traslada a las aulas virtuales*” (“*there is a strong need for developing an effective instructional design model to facilitate the development and delivery of online learning environments. A poor-designed online course often confuses online students, loses their focus, and makes them feel frustrated. Online students will not know where to start, what to do, when to communicate, and how to learn if an online course is not well-designed. Thus, developing a pedagogically effective instructional design model is essential now more than ever as more and more learning moves to virtual classrooms*”). L.-L. CHEN, “A model for effective online instructional design”, *Literacy information and computer education journal*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 2303-2308, p. 2303.

¹⁰ J.E. WINESKI / G. OZOGUL / B.A. BICHELMAYER, “Does teaching presence transfer between MBA teaching environments? A comparative investigation of instructional design practices associated with teaching presence”, *Internet and Higher Education*, n. 25, 2015, pp. 18-27; S.H. LEE ET AL., “A review of case-based learning practices in an online MBA program: A program-level case study”, *Journal of Educational Technology & Society*, vol. 12, n. 3, 2009, pp. 178-190; J.B. ARBAUGH / A. HWANG, “Does “teaching presence” exist in online MBA courses?”, *The Internet and Higher Education*, vol. 9, n. 1, 2006, pp. 9-21; B. SU ET AL., “The importance of interaction in web-based education: A program-level case study of online MBA courses”, *Journal of Interactive Online Learning*, vol. 4, n. 1, 2005, pp. 1-19; A. FOROUGHI ET AL., “Launching an Accelerated Online MBA Program: Assuring Quality with Scale, Based on Principles of Effective Course Design”, *Journal of Higher Education Theory & Practice*, vol. 18, n. 6, 2018, pp. 58-71.

¹¹ R. NADOLSKI / J. WÖRESTHOFER, “Use of ICT in the training of legal skills”, *The Law Teacher*, vol. 39, n. 1, 2005, pp. 29-42; P. MAHARG / A.J. MUNTHEWERFF, “Through a screen, darkly: electronic legal education in Europe”, *The Law Teacher*, vol. 36, n. 3, 2002, pp. 307-332.

¹² Solamente se han localizado dos estudios sobre ID en Derecho internacional privado y ambos se refieren a docencia presencial. El primero versa sobre el diseño de un curso presencial de Derecho internacional privado para la carrera de Derecho

7. El objeto de esta investigación es por lo tanto aplicar el ID a la docencia online de la asignatura “Derecho internacional privado”, proporcionando un modelo que asegure el aprendizaje efectivo de los alumnos y que mantenga la atención continuada de los mismos durante toda la lección. Para ello, se examinarán varios modelos de ID y se escogerá el más adecuado en atención a las características de la asignatura a impartir y del formato virtual que se ha de utilizar para ello. El modelo de contenido, duración y créditos de la asignatura será el de la materia que forma parte del Grado en Derecho de la Universidad de Murcia, titulación en la que imparte clase la autora de este trabajo.

III. La materia respecto a la que se va a diseñar la estrategia instruccional virtual: el Derecho internacional privado

1. El Derecho internacional privado como disciplina jurídica

8. Señalan A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González que el concepto de Derecho internacional privado es objeto de una controversia interminable. Respecto del mismo se ha discutido de todo: su objeto, sus presupuestos, su contenido, su función e incluso su propia denominación¹³. No resulta necesario reproducir aquí todo este debate doctrinal, sino que “*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*”¹⁴.

9. El objeto del Derecho internacional privado son las situaciones privadas internacionales, entendidas estas como situaciones conectadas con varios Estados en que participan sujetos particulares o bien sujetos públicos como los Estados o las organizaciones internacionales, pero en calidad de personas privadas, despojados de su potestad de “*imperium*”¹⁵.

10. Su objeto define además los tres sectores de la disciplina. En efecto, en palabras de G. Barile¹⁶, las situaciones privadas internacionales, debido precisamente a su carácter internacional, suscitan dificultades jurídicas especiales: (i) la precisión de los tribunales que son internacionalmente competentes para conocer de una controversia derivada de esa situación privada internacional, (ii) la determinación de la legislación estatal aplicable a dicha situación y (iii) la eficacia de una resolución extranjera que resuelva dicha controversia. Estas tres cuestiones no se plantean en relación a las situaciones jurídicas puramente nacionales.

11. Si se observa lo anterior desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español se puede afirmar entonces que el estudio del Derecho internacional privado comporta el análisis de las normas

en Australia (M. DOUGLAS, “Integrating Private International Law Into The Australian Law Curriculum”, *Melbourne University Law Review*, vol. 44, n. 1, 2020, pp. 98-131). El segundo también se refiere a docencia presencial. En concreto, estudia la forma de integrar el pensamiento crítico en la IS de la materia en la Universidad de Estocolmo (L. LUNDSTEDT / E. SINANDER, “Enhancing critical thinking in private international law”, *The Law Teacher*, vol. 54, n. 3, 2020, pp. 400-413).

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 83-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, p. 2.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, primera edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2020, pp. 83-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, p. 7; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n. 2, pp. 675-692, p. 677. Esta concepción se ha impuesto a otras como la concepción publicista, la normativista y la objetivista amplia de la disciplina. Sobre éstas, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, pp. 15-21.

¹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, p. 10.

¹⁶ G. BARILE, “Diritto internazionale privato”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, 1964, pp. 1035-1063.

del ordenamiento jurídico europeo y español relativas (i) a la competencia judicial internacional –con el objeto de delimitar los supuestos en que tienen competencia los tribunales españoles ante una situación privada internacional-; (ii) a la Ley aplicable –con la finalidad de precisar la vía que, para la solución de la concreta situación privada internacional, ha de seguir el tribunal español competente- y (iii) a la eficacia de las decisiones extranjeras -donde se analiza el conjunto de normas del sistema de Derecho internacional privado español que tienen por objeto otorgar eficacia jurídica a las decisiones públicas extranjeras-. Todo ello se ha de abordar desde la perspectiva de los problemas jurídicos relativos al Derecho de familia internacional y de los negocios internacionales¹⁷.

2. El Derecho internacional privado en el currículum del grado en Derecho de la Universidad de Murcia

12. Tal y como se indica en la Guía docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, la asignatura “Derecho internacional privado” es una asignatura obligatoria del Grado en Derecho, así como de la programación conjunta de estudios oficiales de Grado en Administración y Dirección de Empresas y Grado en Derecho. Tiene carácter cuatrimestral y le corresponden 6 créditos ECTS¹⁸. Se trata de una asignatura del último año (cuarto y quinto, respectivamente). Ello se debe a que, para su estudio, resulta imprescindible el dominio de las estructuras jurídicas de Derecho procesal, civil, mercantil y laboral¹⁹. Señalan M.-L. Niboyet y G. de Geouffre de La Pradelle que el Derecho internacional privado es una buena excusa para explorar los pequeños secretos de otras ramas del Derecho²⁰. Exige también el manejo de ciertas dosis de Derecho material extranjero y por lo tanto una cierta destreza en el Derecho comparado²¹.

13. La asignatura se imparte en español en los seis grupos del Grado, aunque se recomienda por su carácter internacional que los estudiantes sean capaces de leer y comprender idiomas europeos, como el inglés, francés, alemán e italiano. A partir del curso 2022/2023 se impartirá íntegramente en inglés en uno de los grupos²², lo que también ha de tenerse en cuenta a efectos de diseñar la estrategia instruccional del curso y de cada sesión.

14. Respecto a los contenidos, se trata de abarcar la totalidad de la concepción privatista de la materia al completo: ello incluye unos primeros temas de lo que tradicionalmente se ha denominado “parte general”, en que se estudian los fundamentos de la disciplina, su sistema de fuentes y la dogmática de sus tres sectores, y el resto de temas, tradicionalmente llamados “parte especial”, que se dedican a resolver las preguntas que plantea cada uno de esos tres sectores en el campo de los negocios internacionales (contratos, daños, sociedades, derechos reales, derechos sobre bienes incorpóreos) y en el de

¹⁷ Este párrafo se ha extraído directamente de la Guía docente de la asignatura “Derecho internacional privado” para el curso 2021/2022, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, disponible en: <https://www.um.es/en/web/estudios/grados/derecho/2021-22/guias> (fecha de última consulta: 16/01/2022).

¹⁸ Guía docente de la asignatura “Derecho internacional privado” para el curso 2021/2022, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, disponible en: <https://www.um.es/en/web/estudios/grados/derecho/2021-22/guias> (fecha de última consulta: 16/01/2022).

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n. 2, pp. 675-692, p. 679.

²⁰ *Ibidem* citando a 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*».

²¹ *Ibidem* citando a C. KOHLER, “Gelebte Rechtsvergleichung am EuGH: europäisches Kollisionsrecht in Theorie und Praxis”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 27, 2, 2019, pp. 337-357 y a L. REED, “Comparative Law in the Supreme Court of the United Kingdom”, *RebelsZ.*, 2018-3, pp. 563-575.

²² Sobre el Grado en Derecho bilingüe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (“*Bilingual Law Degree*”) véase: <https://www.um.es/en/web/estudios/grados/derecho/bilingue> (fecha de última consulta: 16/02/2022).

la persona y relaciones familiares internacionales (matrimonio *in fieri*, matrimonio *in facto esse*, crisis matrimoniales, filiación por naturaleza y adoptiva, protección de menores, alimentos, sucesiones). Esta tradicional división entre “parte general” y “parte especial” es una herencia del Derecho internacional privado de fuente nacional o interna, pero resulta cada vez menos operativa a medida que aumenta el Derecho internacional privado de fuente europea, que carece de parte general y que además goza de preferencia aplicativa²³.

15. Por lo que se refiere a la metodología, se imparten clases “teóricas” y “prácticas”, en las que el aula se desdobra para favorecer un trabajo más directo del profesor con cada alumno o de éstos entre sí. Se ha calculado que un 63% del tiempo empleado en la asignatura durante el cuatrimestre se dedica a las clases de exposición teórica (cuatro horas a la semana), un 20 % a las clases prácticas (aproximadamente una hora cada dos semanas), un 7 % a trabajo en casa (preparación de los supuestos a tratar en las clases prácticas) y el 10 % restante se reparte entre el tiempo de tutorías, seminarios y el examen.

16. La estrategia instruccional es propia de cada profesor, pero existen unas notas comunes de todos los docentes, aprendidas de nuestro maestro y catedrático del área, el profesor J. Carrascosa González. En el desarrollo de las clases teóricas se utiliza un modelo que se asemeja al ciclo acelerado del aprendizaje, si bien este no se agota en cada sesión, sino en cada tema²⁴. En las clases prácticas, los alumnos resuelven en voz alta y de forma voluntaria casos que supuestamente han trabajado previamente en casa y que son capaces de resolver aplicando lo que se ha explicado en las clases teóricas.

3. Condicionantes de la estrategia instruccional de la asignatura en la Universidad de Murcia

17. La elección de la modalidad formativa online y de la herramienta que va a darle soporte suele formar parte del ID de toda materia. En cuanto a modalidades formativas, además del “*e-learning*” o enseñanza electrónica –a través de un dispositivo conectado a internet-, existen muchas otras opciones como el “*blended-learning*”, que consiste en intercalar docencia online y presencial, el “*m-learning*”, que se diseña especialmente para impartirse a través del móvil o el “*micro-learning*”, que proporciona al usuario pequeñas cápsulas de información en formato vídeo. Por lo que se refiere a las herramientas o soportes, pueden ser muy variadas, como tutoriales en vídeo, foros, chats, podcasts, conexiones virtuales entre profesorado y alumnado, presentaciones, ejercicios prácticos, documentos de lectura u otros materiales complementarios para el aprendizaje... Las plataformas con las que se suelen realizar los cursos permiten que se combinen varias de estas herramientas para conseguir una mayor interacción entre profesorado y alumnado y entre los alumnos entre sí²⁵.

18. No obstante, en el diseño de la IS online de la asignatura “Derecho internacional privado” no existe una libertad absoluta de elección de modalidad y herramientas. Se ha de partir de ciertos condicionantes estructurales. El primero es que la enseñanza de la materia, ya sea presencial o virtual, debe ajustarse al Plan de estudios de la Facultad de Derecho, que no puede ser modificado de forma unilateral por los profesores de las asignaturas. En el mismo se prevé un porcentaje determinado de clases “teóricas” y otro de clases “prácticas”, lo que, como se ha visto, tiene su reflejo en la Guía Docente. Por ello, e independientemente de que se puedan realizar otras actividades, las protagonistas de la instrucción serán las “clases”, entendidas estas como esos espacios que docente y profesor comparten simultáneamente, en los que se expone el temario o se realizan ejercicios prácticos en aplicación del mismo. El modelo

²³ S. LEIBLE / M. MÜLLER, “A General Part for European Private International Law? The idea of a Rome 0 Regulation”, *YBPIL*, vol. 14, 2012-2013, pp. 137-152; M. FALLON / P. LAGARDE (eds.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Peter Lang, Bruselas, 2011.

²⁴ Sobre este modelo, véase el apartado V de este trabajo.

²⁵ “Modalidades de formación online”, *Educaweb*, disponible en: <https://www.educaweb.com/contenidos/educativos/formacion-online-/distancia/modalidades-formacion-online/> (fecha de última consulta: 17/01/2022).

de ID se utilizará para programar estas clases online. Respecto a las mismas, se han de tener en cuenta también los condicionantes técnicos, que en este caso toman la forma de la herramienta cuya licencia ha adquirido la Universidad de Murcia para realizar las vídeo-clases. Esta herramienta es “Zoom”. Sus funcionalidades, esto es, lo que “Zoom” puede o no puede hacer (como crear grupos reducidos o compartir contenido) condicionarán también en gran medida la IS de la asignatura.

19. En consecuencia, el modelo de ID online para la materia de Derecho internacional privado ha de aplicarse para diseñar dos tipos de clases distintas, las clases “teóricas” y las clases “prácticas” y se han de tomar la forma de una vídeo-conferencia de Zoom, a la que se encuentren simultáneamente conectados el docente y los alumnos que deseen asistir a la misma, todos ellos con acceso a micrófono y cámara. En este trabajo se diseñará únicamente la estrategia instruccional de las clases teóricas, pues son éstas las más propensas a disipar la atención del alumno.

IV. El modelo de desarrollo instruccional escogido: el ciclo de aprendizaje acelerado

20. Como se indicaba en la introducción, son muchos los modelos de ID que existen en pedagogía. Los primeros de estos modelos fueron diseñados para la docencia presencial, pero parte de la doctrina defiende la aplicabilidad de estos modelos a la docencia online.

21. El modelo más antiguo es el “ADDIE”, cuyo nombre responde a las siglas de Análisis (“*Analysis*”), Diseño (“*Design*”), Desarrollo (“*Development*”), Implementación (“*Implementation*”) y Evaluación (“*Evaluation*”), cuyo difuso origen se remonta a los años sesenta y que no es más que unas siglas²⁶. Posteriormente se presentó el modelo de Dick, Carey y Carey, que data de 1978²⁷. Este modelo es más científico y rígido en cuanto al contenido de cada una de las fases del mismo, pero ha sido criticado por tratar al estudiante como un mero “consumidor de contenidos y materiales”, no como una parte activa del proceso de aprendizaje. A finales de los años 90 surgió el modelo de “aprendizaje acelerado”. Las primeras publicaciones que hacen referencia a este término son de los ochenta, pero no fue hasta 1996 que las técnicas propuestas hasta entonces cristalizaron en un verdadero modelo, el denominado “*accelerated learning cycle*” de A. Smith²⁸. Se trata del modelo preferido por la Alianza Internacional para el Aprendizaje porque no se basa en los modelos tradicionales y su dinámica es sencilla y fácil de entender y manejar para los profesores de enseñanzas superiores no expertos en pedagogía sino en sus propias disciplinas. Su originalidad respecto de todos los demás viene de que el mismo se centra en la planificación de cada “clase” y en las fases que ha de tener ésta para un aprendizaje efectivo del alumno, más que en la planificación y diseño de la totalidad del curso.

22. Más adelante han surgido también modelos específicos para la docencia online, que destacan por poner especial atención en el diseño del curso más que en cada una de las lecciones a impartir. La mayoría de la doctrina prefiere, no obstante, seguir utilizando los modelos clásicos y adaptándolos al entorno digital, por considerarlos poco testados o bien por no adaptarse al tipo de enseñanza virtual que se pretende impartir²⁹.

²⁶ M. MOLENDÁ, “In search of the elusive ADDIE model”, *Performance Improvement*, vol. 42, n. 5, 2003, pp. 34-37, p. 34: “La etiqueta no parece tener un único autor, sino que ha evolucionado de manera informal a través de la tradición oral. No existe un modelo original totalmente elaborado, sino un término general que se refiere a una familia de modelos que comparten una estructura subyacente común” (“The label seems not to have a single author, but rather to have evolved informally through oral tradition. There is no original, fully elaborated model, just an umbrella term that refers to a family of models that share a common underlying structure”).

²⁷ Su versión actualizada puede encontrarse en W. DICK / L. CAREY / J.O. CAREY, *The systematic design of instruction*, Pearson Education, New Jersey, 2014.

²⁸ A. SMITH, *Accelerated Learning in the classroom*, Bloomsbury, Stafford, 1996.

²⁹ L.-L. CHEN, “A model for effective online instructional design”, *Literacy information and computer education journal*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 2303-2308, p. 2304.

23. De estos modelos específicos para la docencia online destaca, por ejemplo, el modelo de Alonso, López, Manrique y Vines³⁰. Este modelo está pensado para la educación en línea con soporte en una página web. En su modelo hay siete pasos principales: Análisis, Diseño, Desarrollo, Implementación, Ejecución, Evaluación y Revisión. Como se puede observar, su modelo se basó en el modelo “ADDIE” con la adición de dos fases: ejecución y revisión. No se escogerá este modelo de ID para la asignatura objeto de este trabajo, pues el mismo se estructura sobre la premisa de que la docencia se impartirá a través de una página web o plataforma (en diferido), lo que le hace otorgar mucho peso a algunos pasos que no tienen tanta importancia en la docencia a través de videoconferencia.

24. Otro modelo de ID específicamente diseñado para la enseñanza virtual es el “IDOL”³¹. El mismo se orienta hacia el diseño de cursos en línea en la educación superior con tres pasos principales: análisis, estrategia y evaluación. El modelo presenta 24 consideraciones pedagógicas a la hora de diseñar un aprendizaje en línea y puede resultar útil para los iniciados en estrategia instruccional, pero resulta difícil de utilizar para un profesor no familiarizado con la disciplina³². Otros modelos específicamente diseñados para el ID de materias online también han de ser desechados por no ser modelos completos, como el de Roblyer³³, por ejemplo, que es más un listado de sugerencias y consideraciones. Del mismo modo se descartan los modelos “QOLT”³⁴ y “QM”³⁵ porque los mismos no profundizan en la forma en que se “imparten” las clases, sino que se centran excesivamente en el diseño de la interfaz, lo que, de nuevo, se hace inoperativo para clases vía Zoom³⁶.

25. Como se puede observar, ninguno de los modelos diseñados específicamente para la enseñanza virtual es óptimo para el aprendizaje a través de videoconferencia, que se asemeja más a la enseñanza presencial que a la enseñanza a través de internet, en el sentido de que se trata de una enseñanza “en directo” en que alumno y profesor pueden interactuar. No se trata de diseñar aquí un curso “MOOC” en que los alumnos puedan ver las clases en el momento en que lo deseen. Con las vídeo-clases, el objetivo es realizar una enseñanza virtual “lo más presencial posible”. El modelo que más se adapta al diseño de videoclases es el basado en el aprendizaje acelerado en el aula (“*accelerated learning in the classroom*”)³⁷. Se trata de un modelo que se puede adaptar fácilmente a la enseñanza a través de videoconferencia. Su capacidad de adaptación a todo tipo de herramientas lo hace útil para la planificación de las clases mediante videoconferencia y por ello será el modelo elegido para elaborar la IS de una lección online de la asignatura “Derecho internacional privado”.

V. Aplicación del ciclo de aprendizaje acelerado a la docencia online del Derecho internacional privado

26. Tal y como señala A. Smith, el ciclo acelerado del aprendizaje en el aula se compone de varias fases que no se tienen por qué seguir de forma obligatoria o mecánica, pero que sirven para tras-

³⁰ F. ALONSO ET AL., “An instructional model for web-based e-learning education with a blended learning process approach”, *British Journal of Educational Technology*, vol. 36, n. 2, 2005, pp. 217-235.

³¹ L. SIRAGUSA ET AL., “Desiging quality e-learning environments in higher education” en VV.AA, *Providing choices for learners and learning: Proceedings Ascilite Singapore 2007*, 2007, pp. 1-13.

³² La crítica la hace L.-L. CHEN, “A model for effective online instructional design”, *Literacy information and computer education journal*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 2303-2308, p. 2304.

³³ M.D. ROBLYER, *Introduction to Systematic Instructional Design for Traditional, Online, and Blended Environments*, Pearson Education, New Jersey, 2015.

³⁴ “Quality Online Teaching and Learning”, *Rubric for Online Instruction*, 2010, disponible en: <http://coursedesign.csu-projects.org> (fecha de última consulta: 17/01/2022).

³⁵ “Quality Matters”, *QM Publisher Rubric*, 2016, disponible en: <https://qualitymatters.org> (fecha de última consulta: 17/01/2022).

³⁶ Sobre estos modelos, L.-L. CHEN, “A model for effective online instructional design”, *Literacy information and computer education journal*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 2303-2308, p. 2304.

³⁷ A. SMITH, *Accelerated Learning in the classroom*, Bloomsbury, Stafford, 1996; A. SMITH, *Accelerated Learning in Practice: brain-based methods for accelerating motivation and achievement*, Bloomsbury, Stafford, 1998.

ladar la importancia a la planificación de la lección más allá del contenido de lo que se va a enseñar³⁸. A continuación, se expondrán algunas ideas para materializar cada una de esas fases en la docencia virtual del Derecho internacional privado:

1. Preparación del alumno

27. La preparación de un entorno que favorezca el aprendizaje es una “pre-fase” en el ciclo de aprendizaje acelerado. Comienza por la predisposición del profesor: indica A. Smith que el docente debe estar libre de ansiedad y estrés y sentir la tarea de hacer aprender a sus alumnos como un reto. En cuanto a los alumnos, su estado tanto físico como mental ha de ser receptivo. Para favorecerlo, el profesor ha de atraer su atención y comunicarles positivamente las expectativas que tiene respecto de la clase que se presenta³⁹.

28. Cuando se entra en una clase online, la mente de los alumnos suele estar lejos de la tarea que tienen entre manos. Pueden estar pensando en la conversación que tuvieron anoche con su enamorado, pueden estar revisando su correo electrónico o viendo vídeos en Tiktok. Por lo tanto, lo primero es traer su atención al momento para que puedan concentrarse en el aprendizaje que tienen por delante. Existen muchas técnicas para hacerlo. Una de las más célebres es la conocida como “Benjamin Franklin”, que consiste en comenzar con una frase o elemento inesperado. Así, por ejemplo, si el profesor comenzara la clase online diciendo: “bienvenidos a mi cuarto de baño”, se puede decir casi con certeza que la mayoría de alumnos dejarían el Tiktok.

29. También se recomienda empezar leyendo o compartiendo el titular de una noticia interesante relacionada con el tema. Otra opción es mostrar un documento o un objeto real (por ejemplo, una decisión judicial extranjera, como una sentencia rusa, si lo que se va a explicar es la validez extraterritorial de decisiones en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁴⁰). También funciona el nombrar a los alumnos que se empiezan a conectar y dirigirse personalmente a cada uno de ellos, estableciendo diálogo con ellos o simplemente comentando algo sobre su fondo. Esto hace que sean conscientes de que se les puede ver. Si la herramienta que se utiliza para impartir la clase es “Zoom”, se puede activar el modo “mosaico”, de forma que la visión del profesor se asemeje lo más posible a la del aula. Para el alumno es más recomendable el modo “vista del hablante”. Así obtiene también una vista lo más parecida posible a la de clase y evita distracciones derivadas de observar a sus compañeros.

30. Antes de comenzar con la lección se pueden recordar las “reglas” de la clase. Estas reglas han debido establecerse con claridad el día de presentación de la asignatura. En las clases por videoconferencia se puede pedir a los alumnos que mantengan una postura adecuada, lo que favorece su atención y receptividad, así como que enciendan la cámara y el micrófono. Si el estudiante tiene apagada la cámara el profesor está “ciego” ante las reacciones de éste: no sabe si ese estudiante está entendiendo lo explicado y tampoco sabe si ha perdido la atención. Asimismo, se les puede pedir que dejen a parte sus teléfonos móviles y que se comprometan a no abrir páginas web, aplicaciones, redes sociales o el correo mientras se imparte la asignatura. También se les puede pedir concentración para los próximos 45 minutos.

2. Conexión

31. La conexión del contenido es la primera fase propiamente dicha del ciclo del aprendizaje. Se trata de la fase en que el contenido de lo que se va a explicar ha de conectarse con lo que se ha visto

³⁸ A. SMITH, *Accelerated Learning in Practice: brain-based methods for accelerating motivation and achievement*, Bloomsbury, Stafford, 1998, p. 24.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE n. 182, de 31 de julio de 2015, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con> (fecha última consulta: 17/01/2022).

anteriormente y con lo que se aprenderá después. Ayuda a fijar lo que los alumnos ya saben y les ayuda a entender y asimilar la nueva información⁴¹.

32. Comienza con el anuncio del tema de la lección y con la exposición a los alumnos de cómo lo que se va a explicar ese día conecta con lo aprendido en las clases anteriores y servirá para anticipar lo que se verá en las próximas. Seguidamente, se les puede pedir que participen activamente en recordar lo que se explicó en la lección anterior. Se pueden utilizar a continuación ejercicios predictivos para acceder a lo que ya saben y para preparar su pensamiento en el contenido que va a presentarse: una buena forma de hacerlo es presentándoles los resultados de lo que van a aprender ese día y las preguntas que serán capaces de responder una vez haya terminado la clase.

33. Una forma fácil de hacerlo es formular preguntas abiertas sobre el tema o presentar un caso que podrán resolver al final de la clase. Aquí, la implicación de los alumnos es muy útil. Por ejemplo, si vas a tratar los contratos de consumo, puedes elegir a un alumno y preguntarle si ha alquilado alguna vez una habitación a través de Airbnb. Puedes pedirle que imagine qué pasaría si, al llegar a la ciudad, descubre que las indicaciones son falsas y que le han engañado. De vuelta a casa, quiere demandar a Airbnb. ¿Dónde puede hacerlo? ¿Debe viajar a Irlanda? ¿Puede presentar su demanda ante los tribunales de su domicilio?

34. La conexión también implica la explicación de la importancia de lo que se va a transmitir en esa lección. Lo que no es importante no merece ser enseñado. Todo lo que ocupa un tiempo en la lección ha de tener un “por qué”. En la Universidad se enseña a alumnos adultos y los alumnos adultos buscan un significado en todo lo que hacen. Así que el profesor ha de explicar de qué manera este tema puede aplicarse a la vida de los alumnos y puede hacerles más competentes para encontrar un trabajo.

3. Presentación creativa o “input”

35. La tercera fase es la presentación creativa. Es la fase de la lección en la que debemos presentar el nuevo material. Para ello, existen muchas herramientas diferentes que aprovechan las inteligencias múltiples y los estilos de aprendizaje. Se ha de tener en mente que la nueva información solamente accederá a la memoria a largo plazo si es suficientemente distinta de lo aprendido hasta el momento.

36. Para generar informaciones distintas que permitan un aprendizaje a largo plazo, la escuela de los profesores A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González cuenta con una herramienta de mucho valor: el aprendizaje a través de casos. La forma en que esta escuela presenta y explica los casos a los alumnos tiene una larga historia que comienza con A. P. Sereni (1908-1967), profesor de Derecho internacional en la Universidad de Ferrara, Italia. Con la entrada en vigor de las leyes raciales en 1937, temió por su vida y huyó a Nueva York con su familia. Dio clases en la Universidad de Columbia y allí aprendió a enseñar Derecho a través de casos. El prof. Sereni llevó estos conocimientos de vuelta a Italia y los transfirió a su discípulo P. Mengozzi, que hizo lo mismo con sus discípulos, el prof. A.-L. Calvo Caravaca y el prof. J. Carrascosa González.

37. Esta heredada tradición puede utilizarse también para la presentación de contenido en las clases por videoconferencia con ciertas adaptaciones que se expondrán a continuación:

38. A) La fuente. La primera tarea es la de seleccionar los casos que van a servir para explicar el contenido. Los casos se suelen extraer de la jurisprudencia, sobre todo, de los casos resueltos por el

⁴¹ A. SMITH, *Accelerated Learning in Practice: brain-based methods for accelerating motivation and achievement*, Bloomsbury, Stafford, 1998, p. 24.

Tribunal de Justicia de la UE (caso *Unamar*⁴²), por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Nait Liman*⁴³), por el TIJ (caso *Ferrini*) y por los tribunales nacionales españoles (caso *Hoteles Meliá*⁴⁴) o extranjeros (caso *Shell Nigeria*⁴⁵). Cuando los casos son demasiado complicados para el nivel de grado, se simplifican y modifican hasta transformarse en casos más sencillos. En otras ocasiones, el caso se inventa directamente, como ocurre con el “caso del inventor loco” y “el caso del queso”, que sirven para explicar la diferencia entre víctima directa e indirecta y para entender lo que es un ilícito a distancia.

39. B) El nombre. Una cuestión importante es encontrar un buen nombre para el caso. Un nombre original y que arroje luz sobre el contenido del caso permitirá un aprendizaje más efectivo. Para explicar el fraude de Ley no es lo mismo hablar del caso *Bauffremont* que hablar del caso de la “caprichosa princesa de *Bauffremont*”⁴⁶. El principio de mutuo reconocimiento de nombres y apellidos en la UE se entiende mejor con “el niño más famoso del Derecho internacional privado” que con “el caso *Grunkin-Paul*”⁴⁷. La Ley aplicable a la forma del testamento viene de mano del “*Playboy*” de La Manga del Mar Menor”.

40. C) La exposición. Es importante presentar el caso con el máximo de conexiones internacionales posibles. A los estudiantes les llama la atención y les permite ver la utilidad de la asignatura y sus diferencias con otras materias. En el caso de la princesa de *Beauffremont*, por ejemplo, hay contactos con Bélgica, Francia, Rumanía y Alemania. Además, la historia se debe presentar de la forma más teatral posible. El tipo de “teatro” depende del carácter del profesor y del tipo de caso. Valentine de Riquet era una noble belga. Era joven, hermosa y le encantaban las fiestas y la vida en la corte. Pero la casaron contra su voluntad con el príncipe de Brauffremont y la llevaron a Francia, a vivir en un sucio cuartel militar...

41. D) La pregunta sin resolver. Después de presentar el caso, se deja sin resolver y se pregunta a los alumnos qué habrían aconsejado a cada una de las partes del litigio y qué habrían decidido como jueces. La labor del profesor ha de ser socrática: ha de sembrar duda, generar discusión y conseguir que los alumnos lleguen por sí solos a la solución correcta.

42. E) La solución y la crítica. Por último, se presentará la solución al caso y, en caso de que sea necesario, se completará su explicación con parte de exposición teórica o bien con la actualización de su solución a los instrumentos normativos vigentes en la actualidad, si es que son otros.

4. Activación

43. La activación es la fase de práctica, en la que el instructor ayuda a los alumnos a integrar el nuevo material. Se trata de dejar que los alumnos experimenten en un entorno seguro y de apoyo, co-

⁴² STJUE 17 octubre 2013, C-184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663.

⁴³ STEDH (Gran Sala) de 15 marzo 2018.

⁴⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho internacional privado*, RCC, Murcia, 2021, p. 2: “*Expropiación en Cuba, playa esmeralda y enriquecimiento injusto (2019-2020). Unas familias españolas reclamaron ante tribunales mallorquines una indemnización por daños y perjuicios contra una cadena hotelera, -Hoteles Meliá-, cuya sede social radica en Palma de Mallorca. Los actores estimaban que el gobierno cubano había llevado a cabo una expropiación ilegal de unos terrenos sitios en Cuba, que fueron propiedad de los demandantes. Dichos terrenos estaban situados en la denominada “playa esmeralda” y fueron cedidos por el Estado cubano a Hoteles Meliá. Esta cadena hotelera construyó diversas instalaciones turísticas en los mismos y comenzó a explotar y a rentabilizar el complejo turístico. La familia española que fuera propietaria de tales terrenos confiscados considera que Hoteles Meliá se ha lucrado gracias a disponer de esos inmuebles sitios en Cuba y que les fueron injusta e ilegalmente arrebatados por el gobierno de Cuba. Dicha familia ejercita una acción ante los tribunales de Mallorca. Solicitan una indemnización por daños y perjuicios a Hoteles Meliá derivados de un enriquecimiento injusto (AAP Baleares 18 marzo 2020 [ECLI: ES:APIB:2020:37A])”.*

⁴⁵ Sent. Tribunal de distrito de La Haya [Holanda] de 30 enero 2013.

⁴⁶ Sent. Cour Cass. Francia 18 marzo 1878.

⁴⁷ STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

metan errores, reciban retroalimentación y adquieran competencia. A. Smith recomienda que se realicen actividades que permitan utilizar de forma proporcionada las múltiples inteligencias de los estudiantes⁴⁸.

44. Se les puede reunir en pequeños grupos para que resuelvan algunos casos prácticos. También se puede generar un debate sobre la solución de un caso explicado anteriormente, y hacer que argumenten lo que les parece más correcto o incluso dar roles a los alumnos.

5. Integración

45. Es la fase en la que el aprendizaje se consolida y se mantiene. Se le deben dedicar los últimos cinco minutos de la lección y para ello la docencia virtual ofrecen cada día nuevos recursos: “kahoot” y otros juegos de preguntas, *test* online, concursos... Es el momento de demostrar todo lo que han aprendido y para celebrar lo mucho que se ha avanzado.

VI. Consideraciones finales

46. Como se ha puesto de manifiesto en el presente artículo, los modelos de diseño instruccional son herramientas especialmente útiles para enfrentarse a la docencia online del Derecho internacional privado. En concreto, el modelo del ciclo de aprendizaje acelerado permite a los docentes elaborar una estrategia docente que favorezca la atención continuada del estudiante y por lo tanto su aprendizaje.

⁴⁸ A. SMITH, *Accelerated Learning in Practice: brain-based methods for accelerating motivation and achievement*, Bloomsbury, Stafford, 1998, p. 26.

LA ACTITUD DEL DEMANDADO EN LA PRÓRROGA
DE LA COMPETENCIA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD
PARENTAL. A PROPÓSITO DE LOS AUTOS DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA, 533/2020, DE 18
DE DICIEMBRE DE 2020 Y 24/2021, DE 28 DE ENERO DE 2021*

THE ATTITUDE OF THE DEFENDANT IN THE EXTENSION
OF JURISDICTION IN CASES OF PARENTAL RESPONSIBILITY.
REGARDING THE ORDERS OF THE PROVINCIAL COURT
OF BARCELONA, 533/2020, OF DECEMBER 18, 2021
AND 24/2021, OF JANUARY 28, 2021

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6709>

Resumen: Si la demanda se presenta por uno de los progenitores en un Estado miembro del Reglamento (CE) 2201/2003 invocando el artículo 12.3, y concurren las circunstancias espaciales para su aplicación, es preciso emplazar al demandado para comprobar si acepta o no la competencia judicial internacional. Sólo una vez que se lleva a cabo el emplazamiento es posible pronunciarse sobre la aplicación del mismo. Esta argumentación se separa de la jurisprudencia del TJUE que obliga a que haya un acuerdo de las partes previo a la presentación de la demanda, pero está en sintonía con la reforma introducida por el Reglamento (UE) 2019/1111 en el artículo 10.

Palabras clave: responsabilidad parental, competencia judicial internacional, prórroga de la competencia, comparecencia del demandado.

Abstract: If the claim is filed by one of the parents in a Member State of Regulation (EC) 2201/2003 invoking Article 12.3, and the spatial circumstances for its application concur, the defendant must be summoned to verify whether or not he accepts the judicial jurisdiction international. Only once the placement is carried out is it possible to pronounce on its application. This argument is separated from the jurisprudence of the CJEU that requires that there be an agreement of the parties prior to the presentation of the claim, but is in line with the reform introduced by Regulation (EU) 2019/1111 in article 10.

Keywords: parental responsibility, international jurisdiction, extension of jurisdiction, appearance of the defendant.

Sumario: I. A modo de introducción II. Los hechos III. Argumentación jurídica IV. Novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2019/1111 V. Conclusiones.

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. A modo de introducción

1. Uno de los artículos del *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000*¹ [en adelante, Reglamento (CE) 2201/2003] que más dudas ha suscitado en cuanto a su interpretación es el artículo 12, titulado genéricamente “prórroga de la competencia”, pero que en puridad regula tres foros diferenciados: el *forum divortii* (primer y segundo apartado), *forum necessitatis* (cuarto apartado) y prórroga de la competencia (apartado 3)².

2. En concreto, en el apartado tercero se indica que “[l]os órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1: a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor”.

3. Se trata de un foro que es combinación de la autonomía de la voluntad de las partes, que, en el caso que comentamos, son los progenitores de los menores, y de la proximidad espacial o vinculación estrecha con el Estado miembro en el que se presente la demanda³, que puede venir dada por la residencia habitual de al menos uno de los progenitores en dicho Estado miembro o porque el hijo ostente la nacionalidad de ese Estado, aspectos estos que pueden ser tomados como referencia de concreción, pero que no tienen carácter exhaustivo.

4. En los dos casos que analizaremos, los hijos sobre los que hay que adoptar medidas ostentan la nacionalidad española y uno de los progenitores tiene su residencia habitual en España, por lo que es claro que el requisito espacial se cumple. El problema se plantea a la hora de determinar si hay o no acuerdo entre los progenitores para la prórroga de la competencia. En los dos autos, la magistrada ponente, común en ambos, considera que antes de declararse incompetente, si se alega el artículo 12.3 Reglamento (CE) 2201/2003, hay que notificar al demandado para comprobar si acepta o no la competencia judicial internacional. En el caso de que la acepte, el tribunal podrá conocer. En caso contrario, deberá declararse incompetente.

II. Los hechos

5. En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 533/2020, de 18 de diciembre de 2020⁴, se valora la falta de competencia judicial internacional que el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de

¹ DO núm. 338, de 23 de diciembre de 2003. Su vigencia se extenderá hasta el 1 de agosto de 2022, fecha a partir de la cual se comenzará a aplicar su sustituto, 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 (versión refundida)* [DO núm. 178, de 2 de julio de 2019].

² Téngase en cuenta, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de noviembre de 2014, as. C-656/13, L y M. [ECLI:EU:C:2014:2364, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu)]; de 21 de octubre de 2015, as. C-215/15, Gogova [ECLI:EU:C:2015:710, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu)] o de 19 de abril de 2018, as. C-565/16, Saponaro [ECLI:EU:C:2018:265, accesible en CURIA - Documentos (europa.eu)]

³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Prorogation of Jurisdiction” en C. HONORATI. (ed), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and Abduction Proceedings. A Handbook on the Application of Brussels II a Regulations in National Courts*, Torino: Giappicheli/Peter Lang, 2017, pp. 183-198; M. GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 189 y ss.

⁴ ES:APB:2020:10649A.

Barcelona había observado en relación con un procedimiento de guarda, custodia y alimentos sobre un niño nacido en el seno de una pareja no casada. El procedimiento se había iniciado por la madre que, junto con su hijo, residen en Italia. El padre, demandando en el procedimiento, reside en España. El hijo posee la nacionalidad española.

Descartada la aplicación del artículo 8, por residir el hijo en Italia, inicialmente la madre insta la aplicación del artículo 9, que, en el caso planteado, tampoco era aplicable, dado que no se trataba de modificar una resolución sobre el derecho de visita, como bien apuntó el Ministerio Fiscal.

6. Recurrido en apelación el auto por el que se determina la falta de competencia judicial internacional, se plantea la aplicación del artículo 12.3. Para su aplicación, la Audiencia Provincial indica que antes de determinar si los órganos judiciales españoles tienen o no competencia por este foro es preciso emplazar al demandado. Si una vez emplazado, contesta y acepta la competencia del tribunal resultará aplicable dicho precepto que determinará la competencia de los tribunales españoles.

7. En este mismo caso, se daba la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales españoles, en cambio, sí poseían competencia judicial internacional para conocer de la acción de alimentos, conforme al artículo 3 a) del *Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*⁵, ello, aun cuando no tuvieran competencia para conocer de la acción de responsabilidad parental, puesto que se trata de un foro de carácter objetivo que no pivota sobre la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso⁶.

8. Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 24/2021, de 28 de enero de 2021⁷, se trataba de modificar las medidas relativas al derecho de visita y extinción de alimentos solicitadas por el padre que reside en España contra la demandada, madre del menor que reside junto a su hijo en Indiana (Estados Unidos).

Los tribunales españoles no son competentes en virtud del artículo 8 del Reglamento, pero, al igual que en el supuesto anterior, sí podrían serlo en virtud de lo que dispone el artículo 12.3, a juicio de la magistrada, pues se dan los elementos espaciales, el padre reside en España y el menor tiene nacionalidad española. No obstante, la madre, demandada en el proceso, no ha sido todavía emplazada al haber declarado el Juzgado previamente su falta de competencia. Si una vez emplazada contesta y acepta la competencia del tribunal resultará aplicable dicho precepto que determinará la competencia de los tribunales españoles.

9. Reitera la magistrada ponente es este auto que *“el Tribunal español en este caso solo puede plantearse de oficio o a instancia de parte la falta de competencia internacional después del emplazamiento del demandado y en función de la posición que adopte, con lo que en definitiva debemos estimar el presente recurso”*.

⁵ DO núm. 7, de 10 de enero de 2009.

⁶ Sentencia TJUE de 5 de septiembre de 2019, as. C-468/18, R. y P., accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), dispone en su fallo: *“El artículo 3, letras a) y d), y el artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 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, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se interponga un recurso que comprende tres pretensiones relativas, respectivamente, al divorcio de los progenitores de un menor, a la responsabilidad parental respecto de ese menor y a la obligación de alimentos hacia este, el órgano jurisdiccional que resuelve sobre el divorcio y que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental es competente, sin embargo, para resolver sobre la pretensión relativa a la obligación de alimentos respecto a dicho menor, cuando es también el órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del demandado o el órgano jurisdiccional ante el que este ha comparecido, sin impugnar su competencia”*.

⁷ ECLI:ES:APB:2021:259A

III. La argumentación jurídica

10. El motivo principal en la interpretación jurídica que se realiza en estos dos autos pivota sobre cuándo cabe entender que se dan los presupuestos para considerar que la competencia de un órgano jurisdiccional ha sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento, teniendo en cuenta que en el artículo 12.3 se indica que esto debe constatar en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional⁸.

11. Si la demanda se hubiera presentado de mutuo acuerdo o por parte de uno con el consentimiento del otro, no habría dudas acerca de la voluntad de someter las cuestiones de responsabilidad parental a ese tribunal⁹. Pero en los casos en que el proceso es contencioso, como los que comentamos, ¿se exige un pronunciamiento expreso de aceptación de la competencia por parte del demandado? O, dicho de otra manera, ¿es preciso que el demandado impugne la competencia si no está de acuerdo? Algunos autores han sostenido que el acuerdo podrá presumirse de la falta de impugnación de la competencia judicial por parte del demandado, si bien refiriéndose principalmente a los procedimientos relacionados con crisis matrimoniales, en los que no olvidemos, partimos de un tribunal que es competente en virtud del artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 para conocer de la acción de separación judicial, nulidad o divorcio. En estos casos, como decíamos, algunos autores sostienen que la no impugnación de la competencia podría interpretarse como un acuerdo tácito sobre la jurisdicción¹⁰. Desde esta perspectiva, si el demandado comparece en el proceso sin impugnar la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional que posee aptitud legal para conocer de la crisis matrimonial y ante el que el demandante ha solicitado también que se pronuncie respecto de la responsabilidad parental, si éste no se opone, esto es, si no impugna la competencia judicial internacional para que ese mismo tribunal conozca de las cuestiones sobre responsabilidad parental de los hijos comunes, a la postre estaría manifestando su consentimiento y el artículo 12.1, al menos, en lo referido a la autonomía de la voluntad, se cumpliría. Si el demandado no compareciera y no hubiera ningún otro elemento para deducir una voluntad de aceptación de esa competencia, no podríamos entender que ese acuerdo de voluntades existe y, en consecuencia, este precepto no podría aplicarse.

12. Apunta González Beilfuss que esta interpretación probablemente “*se deba a que en España prevalece una interpretación laxa de la posibilidad de prórroga de la competencia prevista en el artículo 12.1 Reglamento (CE) 2201/2003, que se explica por la configuración del proceso de crisis matrimonial como un proceso único que resuelve todas las cuestiones controvertidas*”, entendiéndose que “*en los supuestos en que los hijos no residen en el Estado del foro se entiende que si el demandante pide un pronunciamiento acerca de la custodia y la parte demandada no impugna la competencia, está*

⁸ Seguimos la exposición que sobre esta materia puede encontrarse en A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, 2019, pp. 97 y ss.

⁹ En este sentido la sentencia TJUE de 19 de abril de 2018, as. C-565/16, Saponaro: “*la presentación de una solicitud de forma conjunta por parte de los progenitores del menor ante el órgano jurisdiccional de su elección constituye una aceptación inequívoca de dicho órgano jurisdiccional por parte de estos*”.

¹⁰ Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, nota 120, p. 78. En este sentido parece manifestarse también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 710/2015, de 16 de diciembre (ROJ: STS 5223/2015), al indicar que “*para aplicar la prórroga de competencia del artículo 12 a la cuestión relativa a la responsabilidad parental, hay que valorar que el Sr. Cayetano aceptó la competencia en esta materia de los tribunales españoles al comparecer en septiembre de 2011 a la vista de las medidas provisionales y no cuestionar la competencia de los tribunales españoles, tal y como se resolvió por auto de enero de 2011 al enjuiciar la declinatoria planteada por el Sr. Cayetano en el procedimiento de divorcio. En todo caso, si se estimara que esta conducta no puede ser considerada como sumisión en el procedimiento de divorcio, a tenor del artículo 12, por ser distinto procedimiento, pese a que trae causa en él, conforme a la normativa procesal española, habría que estar en lugar del artículo 12, a las reglas generales contenidas en los artículos 8, 9 y 13 del Reglamento. Todas estas reglas, que atienden según el considerando 12 del Reglamento al interés superior del menor y en particular en función del criterio de proximidad, determinan la competencia de los tribunales españoles*”.

de hecho aceptando inequívocamente la prórroga”¹¹. No obstante, sugiere la misma autora que “*es dudoso que esta interpretación se ajuste a Derecho, pues el TJUE ha puesto de manifiesto que las disposiciones relativas a la prórroga han de someterse a una interpretación estricta y la distinta redacción de las normas relativas a la prórroga en los Reglamentos 1215/2012 y 2201/2003 parecen sugerir que la voluntad de la parte no puede deducirse rígidamente simplemente de un comportamiento procesal*”¹².

13. Pero en este caso no hay un proceso de crisis matrimonial, puesto que o bien se trata de una pareja no casada, bien de modificar medidas adoptadas con carácter previo en otro procedimiento ya concluido. Esto es, se trata de interpretar cuándo existe ese pacto entre las partes para que los tribunales de un Estado miembro que no tiene competencia por el foro general de la residencia habitual, puedan conocer a través de esta excepción prevista en el artículo 12.3.

14. A juicio de la magistrada ponente en los dos autos que comentamos, es preciso antes de decidir acerca de si el artículo 12.3 otorga o no competencia a los órganos jurisdiccionales españoles, emplazar al demandado y en función de cuál sea su actitud, proceder en consecuencia. Podríamos deducir entonces, que la magistrada considera que si el demandado comparece y no interpone declinatoria, estaría aceptando tácitamente la competencia judicial internacional de los jueces españoles y si no comparece, definitivamente este artículo no les atribuiría competencia.

15. Sin embargo, se trata de una interpretación que *a priori* chocaría con lo dispuesto en la sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 2014, as. C-656/13, *L. y M.* que indica que la competencia del órgano jurisdiccional elegido debe haber sido «aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional», precisando el artículo 16 del Reglamento (CE) 2201/2003 que se considerará, en principio, iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente. De ambos artículos se extrae que se “*exige que se acredite que la extensión de la competencia en cuestión ha sido objeto del consentimiento expreso —o cuando menos inequívoco— de todas las partes en el procedimiento, a más tardar en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente*” (f.j. 56).

16. Cuestión que, por otro lado, puede deducirse que se ve aseverada en la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2015, as. C-215/15, *Gogova*, cuando indica que “*del considerando 12 del Reglamento (CE) 2201/2003 resulta que el criterio de competencia fijado en su artículo 12, apartado 3, constituye una excepción al criterio de proximidad, conforme al cual corresponde en primer lugar a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental respecto a ese menor, criterio que se expresa en el artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento. Como señaló el Abogado General en el punto 64 de su opinión, esta excepción pretende reconocer cierta autonomía a las partes en materia de responsabilidad parental. El requisito relativo al carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio debe interpretarse, por tanto, de manera estricta*” (f.j. 41). Aunque a continuación hace una matización interesante: “*A este respecto, procede señalar, por una parte, que tal aceptación presupone, como mínimo, que el demandado tiene conocimiento del procedimiento que se desarrolla ante esos órganos jurisdiccionales. En*

¹¹ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro*, Dykinson, 2017, p. 202.

¹² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Experiencias de los tribunales españoles...”, *loc. cit.*, pp. 202-203. Apoyándose en la STJUE de 21 de octubre de 2015, asunto C-215/15, *Gogova*, f.j. 41. Entienden A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Tirant lo Blanch, 2020, p. 700, que no cabe ninguna sumisión tácita puesto que la competencia a dichos órganos jurisdiccionales deben de haberla aceptado en el momento de someter el asunto ante los mismos. Apoya esta interpretación *in genere* la SAP Barcelona de 21 de julio de 2011 (ROJ: SAP B 7148/2011), si bien en este caso el artículo 12.1 Reglamento (CE) 2201/2003 no podía aplicarse puesto que la demanda de divorcio ya se había dictado, por lo que no cabía la acumulación de acciones.

efecto, si bien ese conocimiento no puede interpretarse, por sí solo, como aceptación de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto, no cabe considerar, en cualquier caso, que el demandado ausente al que no se ha notificado el escrito de demanda y que ignora el procedimiento entablado acepta dicha competencia (véase, por analogía, respecto al artículo 24 del Reglamento n° 44/2001, la sentencia A, C112/13, EU:C:2014:2195, apartado 54)” (f. j. 42).

IV. Novedades introducidas en el Reglamento (UE) 2019/1111

17. Los problemas de interpretación del artículo 12 del Reglamento (CE) 2201/2003 han conllevado una de las modificaciones más significativas en 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 (versión refundida)*. Su sustituto, el artículo 10, intitulado “Elección del órgano jurisdiccional”, dispone: “1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que: i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual; ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor; o iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro; b) cuando las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental: i) han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional; o ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y c) el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor”¹³.

18. La primera novedad es que desaparece de su regulación el *forum divortii*, aunque en el considerando 23 del Reglamento sí se alude a él, pero como un supuesto más en los que cabe utilizar la autonomía de la voluntad para determinar la competencia. Se ha optado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴ por no hacer distinciones en función de si existe o no matrimonio para utilizar este foro respecto tanto de los hijos como de cualquier medida gen menor¹⁵. También ha desaparecido el *forum necessitatis*, de forma, a mi juicio, incomprensible.

¹³ *Vid.*, entre otros, B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 40, diciembre de 2020; M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista Española de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2020, vol. 72-2, pp. 143-162; L. F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 103 y ss.; ID., “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Millenium DIPr*, n° 14, 2021; A. BERNARDO SAN JOSÉ, “Las normas de competencia judicial 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, n° 2, pp. 1243-1289; 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*, enero-junio 2017, vol. 69-1, pp. 139-165; ID., “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La Ley, Derecho de familia*, n° 26, segundo trimestre de 2020.

¹⁴ STJUE 12 noviembre 2014, as. C-656/13, L.

¹⁵ Considerando 23 Reglamento 2019/1111: “En condiciones específicas determinadas en el presente Reglamento, debe ser posible que la competencia en materia de responsabilidad parental sea también establecida en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho, siempre que las partes lo hayan acordado previamente, a más tardar en el momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional, o lo hayan aceptado expresamente durante dicho procedimiento, aunque el menor no resida habitualmente en dicho Estado miembro, siempre que el ejercicio de dicha competencia corresponda al interés superior del menor. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, toda persona distinta de los progenitores que, según la legislación nacional, tenga condición de parte en el procedimiento incoado por los progenitores debe ser considerada parte en el procedimiento a efectos del presente Reglamento; por tanto, la oposición de dicha parte a la elección de foro efectuada por los progenitores del menor en cuestión, después de la fecha de incoación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, debe impedir que se establezca la aceptación de la prórroga de la competencia por todas las

19. En cuanto a los requisitos de aplicación, se introduce el Estado de la antigua residencia habitual del menor como nuevo factor para detectar la vinculación estrecha junto con los dos ya establecidos. Pero, sin duda, la reforma más relevante se ha realizado precisamente en el tema que ocupa, esto es, cómo determinar si ha habido o no consentimiento de las partes para prorrogar la competencia judicial internacional. En este caso, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en el asunto Gogova, se distingue entre dos formas para prorrogar la competencia: bien que las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental hayan convenido libremente en la competencia¹⁶, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional (sumisión expresa), bien hayan aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento (sumisión tácita) y el órgano se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia, en clara sintonía esta última mención con lo dispuesto en otros Reglamentos, como por ejemplo en el artículo 26.2 Reglamento (UE) 1215/2012 o en el artículo 8.2 Reglamento (UE) 2016/1103, y cuyo objetivo es evitar la vulnerabilidad de cualquiera de las partes. Esta competencia cesará en cuanto la resolución dictada en el procedimiento ya no sea susceptible de recurso ordinario o en cuanto haya concluido el procedimiento por otro motivo¹⁷.

20. El artículo 10 termina indicando que la competencia que hayan aceptado expresamente durante dicho procedimiento será exclusiva. No así, en cambio, los acuerdos de sumisión alcanzados antes del proceso. De hecho, aunque existan estos no impiden la transferencia a otros órganos jurisdiccionales mejor situados (art. 12.5).

V. Conclusiones

21. La lógica que se plantea en los autos que comentamos por la magistrada ponente es perfectamente comprensible. Si la demanda se ha interpuesto por un progenitor en un Estado miembro (España) que está estrechamente vinculado con el menor sobre el que ha de adoptarse la medida, por ser nacional español y estar uno de los progenitores residiendo en España, emplacemos al demandado para comprobar si está de acuerdo con que conozcan estos tribunales. Porque de lo contrario la prórroga de la competencia no podría aplicarse. La cuestión es que el TJUE ha sido claro en que en este foro la anuencia de voluntades debe estar fijada antes de la interposición de la demanda. Recordemos, “*cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otro forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional*”. El artículo 12.3, en la interpretación realizada por el TJUE, descarta la sumisión tácita; solo cabe la expresa, por lo que el emplazamiento al demandado, según esta interpretación no sería necesaria. Pero, como hemos destacado, el legislador europeo ha sido consciente de que con esa regulación se impedía en

partes en el procedimiento en dicha fecha. Antes de ejercer su competencia a tenor de un acuerdo de elección de foro o de la aceptación de tal elección, el órgano jurisdiccional debe examinar si tal acuerdo o aceptación es fruto de una elección libre y tomada con pleno conocimiento de causa por las partes interesadas, y no de que una parte haya aprovechado las dificultades o la vulnerabilidad de la otra. El órgano jurisdiccional debe registrar la aceptación de la competencia durante el procedimiento con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales.”

¹⁶ En cuanto al concepto de parte, hay que tener en cuenta la interpretación realizada por la sentencia TJUE 19 abril 2018, as. C-565/16, Saponaro: “*Un fiscal que, según el Derecho nacional, es parte de pleno derecho en el procedimiento iniciado por los progenitores constituye una «parte en el procedimiento» en el sentido del artículo 12, apartado 3, letra b), del Reglamento 2201/2003. La oposición expresada por esa parte respecto a la elección del órgano jurisdiccional efectuada por los progenitores del menor después del momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional impide que pueda considerarse aceptada la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en ese momento. A falta de tal oposición, puede considerarse que el consentimiento de dicha parte es implícito y que concurre el requisito de aceptación de la prórroga de la competencia de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional*”. En consecuencia, hay que estar al Derecho nacional del Estado del foro para determinar quiénes son parte en el procedimiento y quiénes en consecuencia tendrían que formar parte del acuerdo de prorrogación de la competencia. En España, en procesos de responsabilidad parental, el Ministerio Fiscal no es considerado como parte (art. 749 LEC). Sí, en supuestos de sustracción internacional de menores.

¹⁷ Esto último extraído de la STJUE 1 octubre 2014, as. C-436/13, E y B ECLI:EU:C:2014:2246. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu)

muchos casos poder utilizar este foro, pues difícilmente se va a pactar explícitamente la competencia judicial internacional en supuestos de crisis de pareja y, en cambio, se puede recurrir a ella a través de la sumisión tácita, especialmente asegurada para que no se perjudique a ninguna parte vulnerable. De ahí la referencia en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2019/1111 a que las partes “*han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia*”. Por lo que puede decirse que, al menos en este aspecto, el nuevo Reglamento que comenzará a aplicarse el 1 de agosto de 2022 se adecua a la lógica que se percibe en estos procesos.

EN LA RESTITUCIÓN DE UNA MENOR TRASLADADA
A UN TERCER ESTADO NO SE APLICAN LAS NORMAS
EUROPEAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.
A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 24 DE MARZO DE 2021,
ASUNTO C-603/20, PPU, SS Y MCP*

IN THE RETURN OF A CHILD TRANSFERRED TO A THIRD
STATE, THE EUROPEAN RULES OF INTERNATIONAL
JUDICIAL COMPETENCE DO NOT APPLY. REGARDING THE
STJUE OF MARCH 24, 2021, CASE C-603/20, PPU, SS AND MCP

ANTONIA DURÁN AYAGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Salamanca

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:11.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI:<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6710>

Resumen: El ámbito de aplicación territorial del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 queda circunscrito a que la sustracción de un menor tenga lugar en el contexto de los Estados miembros del Reglamento, esto es, que el traslado de residencia habitual o la retención ilícita se lleve a cabo entre Estados miembros. En el caso en que el traslado se realice a un tercer Estado, el artículo 10 no es aplicable ni, en consecuencia, permite mantener la competencia de las autoridades del Estado miembro donde el menor residía *sine die*.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, responsabilidad parental, competencia judicial internacional, residencia habitual, tercer Estado.

Abstract: The territorial scope of Article 10 of Regulation (EC) 2201/2003 is limited to the abduction of a minor taking place in the context of the Member States of the Regulation, that is, the transfer of habitual residence or illegal retention is carried out between Member States. In the case where the transfer is made to a third State, Article 10 does not apply and, consequently, does it allow to maintain the competence of the authorities of the Member State where the minor resided *sine die*.

Keywords: international child abduction, parental responsibility, international jurisdiction, habitual residence, third State

Sumario: I. Introito. II. Los hechos III. Nudo: el desarrollo y la argumentación jurídica 1. De inicio 2. ¿Realmente estaba en cuestión la aplicación del artículo 10? 3. Las razones del Abogado General 4. Las razones del TJUE IV. Desenlace: fallo V. Conclusiones: una opinión valorativa.

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. Introito

1. Aunque existan voces (mínimas) discrepantes¹, la regla de la residencia habitual del menor como criterio general para otorgar competencia judicial internacional en los procedimientos de responsabilidad parental se ha venido consolidando como un foro que por estar inspirado en el principio de proximidad goza de eficiencia y operatividad para el conocimiento de estas cuestiones².

2. El *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000*³ [en adelante, Reglamento (CE) 2201/2003] recoge en su artículo 8 este criterio de competencia judicial internacional⁴, criterio que puede ceder ante otros foros previstos en los artículos 9, 10 y 12 del Reglamento, siempre que se den las circunstancias previstas en ellos para poder ser aplicados⁵. Mientras que en los artículos 9 y 10 se regulan dos casos diferenciados de *perpetuatio jurisdictionis*, según que el cambio de residencia sea legal o ilegal, en el artículo 12 se regulan hasta tres casos diferentes de lo que en términos genéricos el Reglamento califica como prórroga de la competencia⁶.

3. La sentencia que comentamos, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, *PPU, SS y MCP*⁷, tuvo lugar sobre la base de un procedimiento prejudicial de urgencia en el que se cuestionaba sobre el alcance territorial del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003⁸, en el contexto del traslado de una menor a un tercer Estado (India) en el que había adquirido una nueva residencia habitual. La cuestión se suscita en el momento en que se solicita la restitución de la niña a su antigua residencia habitual que estaba en un Estado miembro (Reino Unido).

En concreto, el litigio que da pie al recurso prejudicial se planteó entre el padre de una niña menor de edad y la madre de ésta en relación con una demanda del padre por la que solicitaba que se ordenase la restitución de la menor al Reino Unido y que se resolviera sobre su derecho de visita. Ambos progenitores eran nacionales indios con permiso de residencia en el Reino Unido, y formaban pareja de hecho cuando nació su hija en 2007, que ostenta en el momento de los hechos la nacionalidad británica.

4. En la cuestión prejudicial se solicita aclarar si las autoridades de Reino Unido seguirían disfrutando de competencia judicial internacional sin limitación temporal, tras el traslado de la niña a la India, donde reside habitualmente, o en este caso habría que recurrir a las normas internas de competen-

¹ Vid. L. F. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Milenium DIPr.*, octubre de 2021.

² Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Editorial Comares, 2019, pp. 307-323; I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, vol. 11, n.º. 1, pp. 877-888.

³ DO n.º. 338, de 23 de diciembre de 2003. Su vigencia se extenderá hasta el 1 de agosto de 2022, fecha a partir de la cual se comenzará a aplicar su sustituto, 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 (versión refundida)* [DO n.º. 178, de 2 de julio de 2019].

⁴ Artículo 7 en el Reglamento (UE) 2019/1111.

⁵ Sobre la interpretación del concepto de residencia habitual, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 abril 2009, as. C-523/07- ECLI:EU:C:2009:225, A. y 22 diciembre 2010, as. C-497/10 PPU, Mercredi - ECLI:EU:C:2010:829.

⁶ En realidad, sus apartados primero y segundo regulan un *forum divortii* y el cuarto un foro de necesidad. Sólo el apartado tercero, regularía en puridad un supuesto de prórroga de la competencia. Vid. A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores, op. cit.*, pp. 91-102. Repárese que la referencia concreta al *forum divortii* desaparece en el articulado del nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 (art. 10).

⁷ ECLI:EU:C:2021:231. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), consultado el 14 de noviembre de 2021.

⁸ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aproximación al procedimiento prejudicial de urgencia a través de la protección internacional de menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores, op. cit.*, pp. 171-189.

cia judicial internacional de Reino Unido para dirimir si son competentes para conocer de la restitución de la niña y del derecho de visita solicitado por su padre, partiendo de la base de que se trata de cuestiones diferenciadas.

5. Como se aclara en las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 23 de febrero de 2021, por el Sr. Athanasios Rantos⁹, cuando se interponió el recurso prejudicial el 13 de noviembre de 2020, el Derecho de la Unión seguía siendo aplicable al y en el Reino Unido en las condiciones establecidas de conformidad con los artículos 126 a 132 del *Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*¹⁰, durante el período transitorio, que comenzó en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo y que finalizó el 31 de diciembre de 2020, y, en virtud de su artículo 86, apartados 2 y 3, se consideraba que el Tribunal de Justicia seguiría siendo competente para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial presentadas por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido antes del final del período transitorio.

II. Los hechos

6. Tal y como figura en las Conclusiones del Abogado General, la madre de la niña sostiene que tanto ella como su hija habían sido víctimas de malos tratos por parte del padre de la menor, y que había huido a la India con su hija en el mes de noviembre de 2017 durante un período de cuatro meses porque no tenía ningún tipo de ayuda en el Reino Unido. Tras nuevos episodios de violencia, la madre volvió a huir a la India con la menor en el mes de octubre de 2018 (párrafo 20) y tras otro período breve en Reino Unido finalmente la niña había permanecido en la India desde abril de 2019 bajo el cuidado de su abuela materna.

Consta que el padre perdió el contacto con su hija en 2018, interponiendo demanda de restitución y subsidiaria de derecho de visita en agosto de 2020, cuando la niña ya llevaba en la India 22 meses y allí se encontraba, por tanto, plenamente integrada. La madre impugna la competencia de las autoridades británicas por falta de residencia habitual de la menor en Reino Unido. Unos meses antes, además, la madre había solicitado ante las autoridades de Reino Unido, autorización para el cambio de residencia, cuando hacía meses que la niña residía con su abuela en la India.

III. Nudo: el desarrollo y la argumentación jurídica

1. De initio

7. Antes de pronunciarse, el órgano jurisdiccional remitente consideró que en el momento de presentarse la demanda, la menor tenía su residencia habitual en la India y estaba plenamente integrada en un entorno social y familiar indio, dado que sus vínculos concretos con el Reino Unido eran inexistentes, con excepción de la nacionalidad, y, por otra parte, la madre no había aceptado en ningún momento de manera inequívoca la competencia de los juzgados y tribunales de Inglaterra y Gales para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. En atención a estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente consideró que su competencia no podía basarse en los artículos 8 y 12, apartado 3, del citado Reglamento. Aunque no descartaba que el traslado de la niña a la India, llevado a cabo casi dos años antes, hubiera sido ilícito, el transcurso del tiempo había contribuido a la integración de la niña en la India, y con ello, había adquirido una nueva residencia habitual.

⁹ ECLI:EU:C:2021:126. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), consultado el 14 de octubre de 2021.

¹⁰ *Decisión (UE) 2020/135, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* [DO L 29, de 31 de enero de 2020, p. 1]. En concreto, en virtud del artículo 67.1 c) del Acuerdo, el Reglamento (CE) 2201/2003 continuaba aplicándose en Reino Unido en el momento del procedimiento.

8. No obstante, y en relación con lo dispuesto en el artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003, que establece las reglas de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor¹¹, el órgano jurisdiccional remitente albergaba dudas, en particular, sobre si esa disposición puede aplicarse a un conflicto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un Estado tercero. Del apartado 29 de la sentencia se deduce que las dudas se habían generado no tanto dentro del convencimiento del propio órgano jurisdiccional remitente, que entendía que no era aplicable el artículo 10 en este contexto, aludiendo a lo especificado en la Guía práctica para la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003¹² y a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, UD¹³, apartado 33, siguiendo, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe de 20 de septiembre de 2018, presentadas en el mismo asunto¹⁴, ambas apuntando la idea de que la regla enunciada en el artículo 10 de dicho Reglamento solo se refiere a los conflictos de competencia entre los Estados miembros y no a los conflictos entre un Estado miembro y un Estado tercero, sino que las dudas se generaban porque una parte de la jurisprudencia nacional británica contemplaba un alcance territorial más amplio a esta disposición. Lo que no parece ser anecdótico, puesto que el propio Abogado General, Sr. Athanasios Rantos, en las Conclusiones presentadas a este asunto, también se manifiesta en el sentido de que el artículo 10 pudiera aplicarse en el contexto de relaciones con terceros Estados.

9. Sea como fuere, la High Court of Justice (England and Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Sala de Familia, Reino Unido), como órgano jurisdiccional remitente, planteó la siguiente cuestión prejudicial: «¿Atribuye el artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003 la competencia a un Estado miembro, sin límite temporal, cuando un menor con residencia habitual en dicho Estado miembro ha sido ilícitamente trasladado a (o retenido en) un tercer Estado en el que, tras dicho traslado (o retención), ha adquirido la residencia habitual?».

2. ¿Realmente estaba en cuestión la aplicación del artículo 10?

10. Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, si se constata que un menor ha adquirido, en la fecha de presentación de la demanda relativa a la responsabilidad parental, su residencia habitual en un Estado tercero a raíz de una sustracción con traslado a ese Estado, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su sustracción conservarán su competencia sin límite temporal.

11. Lo cierto es que la pregunta no deja de chocar con la inercia de quienes hemos entendido este artículo siempre desde una perspectiva coyuntural, orientado a resolver, en los casos de sustracción de menores entre Estados miembros, qué Estado tendría la última palabra para decidir sobre la restitución y, en su caso, para conocer sobre la base de la residencia habitual del menor, sobre la protección del mismo, en ese espacio temporal que tiene lugar desde el traslado o retención ilícita y su desenlace¹⁵. El artículo 10 se plantea como una de las medidas que el legislador europeo previó para intentar disuadir las sustracciones internacionales de menores entre Estados miembros, “petrificando” la competencia judicial internacional del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícitas, para precisamente combatir el nacionalismo judicial

¹¹ C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Colex, 2010, pp. 102-112.

¹² Accesible en Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis - Publications Office of the EU (europa.eu), consultado el 27 de octubre de 2021.

¹³ Asunto C393/18 PPU, EU:C:2018:835. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), consultado el 14 de octubre de 2021.

¹⁴ Asunto C393/18 PPU, EU:C:2018:749. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), consultado el 14 de octubre de 2021.

¹⁵ 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 (2017), 1, p. 142, sostiene que la práctica ha demostrado que el mecanismo de última palabra no ha encontrado una aplicación adecuada en la Unión Europea.

que pretendería el sustractor buscando amparo ante las autoridades que en teoría pudieran serle más propicias para sus intereses respecto del menor. Por ello, porque actúa desde un criterio distributivo de competencia judicial internacional¹⁶, parece que no es posible aplicarlo fuera de ese contexto¹⁷, como finalmente también el TJUE ha dictaminado.

Repárese en que el órgano jurisdiccional remitente no duda de que la menor haya adquirido nueva residencia habitual en la India. De hecho hace casi dos años que reside allí, por lo que claramente, el artículo 10 ya no entraría en juego, pues se habría producido un cambio de residencia habitual. El problema es que se duda si en el caso del traslado a un Estado no miembro del Reglamento, esto haría que el artículo 10 transustanciara su naturaleza de provisional a crónica, esto es, si este traslado haría que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor conservaran su competencia judicial internacional indefinidamente. Como vamos a ver, el Abogado General en este caso, está convencido de que así debería ser.

3. Las razones del Abogado General

12. El Abogado General cuestiona el propio hecho de que el artículo 10 deba aplicarse cuando la sustracción se produce hacia otro Estado miembro, pues, a su juicio, este artículo está compuesto por dos partes bien diferenciadas, siendo su elemento decisivo la expresión «*conservarán su competencia*». Así, indica que cuando un menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro conservan su competencia *hasta el momento en el que* ese menor adquiere una residencia habitual en *otro Estado miembro*. *A sensu contrario*, cuando un menor es objeto de un traslado o retención ilícitos en un *tercer Estado*, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que ese menor tenía su residencia habitual *continúan siendo competentes* (apartado 53, cursiva original)¹⁸.

13. Considera que aunque el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 únicamente menciona a Estados miembros, también regula las relaciones jurídicas que implican a un tercer Estado, en el sentido de que esas relaciones no pueden dar lugar a que se transfiera la competencia a los órganos jurisdiccionales de ese tercer Estado. En su argumentación, carece de importancia que el menor adquiera una residencia habitual en un tercer Estado, en la medida en que, a la luz de los términos del artículo 10, no adquiera la residencia habitual en otro Estado miembro. De esta manera, a diferencia de la situación que existe entre dos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente antes de su sustracción hacia un tercer Estado continúan siendo competentes sin límite temporal (*perpetuatio fori*). Con esta interpretación, considera que no hay vacío jurídico, pues si el menor ha sido trasladado a un Estado miembro, el artículo 10 actuará otorgando competencia a ese Estado miembro siempre que se cumplan sus presupuestos, pero si es trasladado a un tercer Estado, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes sin límite temporal¹⁹.

14. No se plantea el Abogado General los problemas de reconocimiento que puede encontrar una hipotética sentencia de las autoridades del Estado miembro donde hubiera tenido su residencia habitual el menor antes del traslado ilícito²⁰, ni la operatividad de esta interpretación.

¹⁶ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracciones internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pp. 152 y ss.

¹⁷ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental [Reglamento (CE) núm. 2201/2002 del Consejo, de 27.11.2003]”, *InDret*, n.º. 250, noviembre de 2004, p. 10.

¹⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003”, *La Ley Unión Europea*, n.º. 92, de 31 de mayo de 2021, p. 5.

¹⁹ Apunta P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, p. 156, que el mantenimiento (en un plazo de tiempo razonable) de la competencia judicial internacional de los tribunales de origen en los casos de sustracción internacional es consecuente con la garantía de la tutela judicial y acorde con una articulación de la competencia judicial destinada a desincentivar las sustracciones.

²⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

15. De esta manera, su propuesta de fallo fue la siguiente: «El artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos conservan su competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad parental sobre ese menor, sin límite temporal, cuando la sustracción de ese menor se efectúa hacia un tercer Estado, incluso cuando el menor haya adquirido la residencia habitual en ese tercer Estado».

4. Las razones del TJUE

16. El TJUE observa y analiza el caso desde una perspectiva diferente. En primer lugar, se fija en el tenor literal del artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003, según el cual se desprende que los criterios adoptados por esta disposición para la atribución de la competencia en caso de sustracción de un menor se refieren a una situación que se circunscribe al territorio de los Estados miembros. El hecho de que se utilice la expresión «Estado miembro» y no los términos «Estado» o «Estado tercero», y que haga depender la atribución de la competencia de una residencia habitual actual o anterior «en un Estado miembro» sin referirse al supuesto de una residencia adquirida en el territorio de un Estado tercero implica también que ese artículo regula únicamente la competencia en caso de sustracción de menores entre los Estados miembros.

17. Por otro lado, señala que el artículo 10 consta de una sola frase, de modo que de su estructura ya se desprende que forma un todo indisociable, chocando frontalmente con lo señalado por el Abogado General. Según el Tribunal, este artículo no puede interpretarse en el sentido de que se compone de dos partes distintas, una de las cuales permitiría de manera autónoma justificar el mantenimiento, por principio, de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sin límite temporal, en caso de sustracción de un menor con traslado a un Estado tercero.

18. El segundo argumento que utiliza para sostener su postura es analizar la génesis del Reglamento (CE) 2201/2003, recordando que el legislador de la Unión quiso establecer una normativa estricta en lo que respecta a las sustracciones de menores en el interior de la Unión, pero que no pretendió someter a dicha normativa las sustracciones de menores con traslado a un Estado tercero, sustracciones que debían estar cubiertas, en particular, por convenios internacionales como el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (en adelante, CH 1980) o el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*²¹ (en adelante, CH 1996). De sostener la interpretación del Abogado General, el artículo 10 haría inaplicable el artículo 7.1 y el artículo 52.3 del Convenio de La Haya de 1996²².

19. Hay que tener en cuenta que el artículo 7.1 CH 1996 prevé, al igual que el artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003, una transferencia de competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado de la nueva residencia habitual del menor, si se cumplen determinadas condiciones. Estas están vinculadas, en particular, al paso del tiempo en combinación con la conformidad o la pasividad del titular del derecho de custodia de que se trate, habiéndose integrado el menor en su nuevo entorno.

²¹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.º. 35, 2018.

²² 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*, marzo 2020, vol. 12, n.º. 1, p. 107.

Esta posibilidad de transferencia de competencia quedaría definitivamente excluida si, en virtud del artículo 10, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tuvieran que conservar su competencia sin límite temporal. Por ello, este mantenimiento de la competencia también sería contrario al artículo 52.3 CH 1996, que prohíbe que una normativa adoptada entre varios Estados contratantes sobre materias reguladas por dicho Convenio afecte, en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes, a la aplicación de las disposiciones del mencionado Convenio. En la medida en que la competencia en materia de responsabilidad parental no pudiera transferirse a los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes, tales relaciones se verían necesariamente afectadas.

20. En tercer lugar, procede señalar que una interpretación del artículo 10 que condujese a un mantenimiento de competencia sin límite temporal no sería conforme con uno de los objetivos fundamentales perseguidos por dicho Reglamento, a saber, responder al interés superior del menor, dando preferencia, a tal efecto, al criterio de la proximidad²³. Se trata de conseguir un equilibrio entre la necesidad de evitar que el sustractor obtenga un beneficio de su acto ilícito²⁴ y, por otro lado, la conveniencia de permitir que el órgano jurisdiccional más próximo al menor conozca de las acciones relativas a la responsabilidad parental.

Sin embargo, el mantenimiento incondicional, sin límite temporal, de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, a pesar de que la sustracción con traslado al Estado tercero haya podido ser objeto, entretanto, de la conformidad de cualquier persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia, y sin ningún requisito que permita tener en cuenta las circunstancias específicas que caracterizan la situación del menor de que se trate, o garantizar el interés superior de este, impediría que el órgano jurisdiccional considerado más idóneo para evaluar las medidas que deban adoptarse en el interés superior del menor pueda conocer de las demandas relativas a tales medidas. Lo que sería contrario al objetivo perseguido por el Reglamento (CE) 2201/2003, que debe interpretarse, como se desprende del considerando 33 de este, a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

21. Por otra parte, una interpretación del artículo 10 que llevara a conservar la competencia sin límite temporal también sería contraria a la lógica del mecanismo de restitución o de no restitución inmediata establecido por el CH 1980. Si, conforme al artículo 16 de dicho Convenio, se determina que no concurren los requisitos de este para la restitución del menor o si ha transcurrido un período razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de ese mismo Convenio, las autoridades del Estado al que se haya trasladado o en el que se haya retenido al menor pasarán a ser las autoridades de la residencia habitual del menor y, como órganos jurisdiccionales más próximos desde el punto de vista geográfico de esa residencia habitual, deberían poder ejercer su competencia en materia de responsabilidad parental²⁵.

IV. Desenlace: fallo

22. De las consideraciones anteriores se desprende que una interpretación del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 que llevara a conservar la competencia en el Estado miembro de origen sin límite temporal en caso de sustracción de un menor con traslado a un Estado tercero no puede justificarse ni por el tenor literal ni por el contexto en el que se inscribe dicho artículo, ni por los trabajos preparatorios o los objetivos de ese Reglamento. Una interpretación en este sentido privaría de efecto a

²³ Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 15 febrero 2017, W y V, C499/15, EU:C:2017:118, apartado 51 y jurisprudencia citada, y de 17 octubre 2018, UD, C393/18 PPU, EU:C:2018:835, apartado 48.

²⁴ Véase, en este sentido, la sentencia del TJUE de 1 julio 2010, Povse, C211/10 PPU, EU:C:2010:400, apartado 43.

²⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 785-786.

las disposiciones del CH 1996 en caso de sustracción de menores con traslado a un Estado tercero que es parte contratante de este Convenio y sería contraria a la lógica del CH 1980.

23. De ello se deduce 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 (CE) 2201/2003, como ocurre en el litigio principal, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de que se trate 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.

V. Conclusiones: una opinión valorativa

24. El artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003 actúa como un elemento organizador de la competencia judicial internacional entre los Estados miembros en los casos de desplazamiento o retención ilícita de un menor a o en un Estado miembro. Es uno de los mecanismos que el legislador europeo ideó para luchar contra esta lacra. A través del mismo se perpetua la competencia de las autoridades del Estado miembro en que residía el menor antes del traslado o la retención ilícita, con el objetivo de evitar el posible conflicto de competencias entre Estados miembros en estos casos. De tal manera que las autoridades de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención seguirían manteniendo la competencia judicial internacional para decidir sobre cualquier cuestión referida a la responsabilidad parental del mismo, así como mantendrían la última palabra en lo relacionado con la restitución del menor, en caso de que el Estado miembro de retención o traslado se opusiera a la misma. Pero para que ese mecanismo organizador funcione es preciso que del otro lado esté también un Estado miembro, porque de lo contrario, el artículo 10 no tendría sentido.

25. Entiende el Abogado General, por el contrario, que el artículo 10 actúa como un criterio de fijación *sine die* o a perpetuidad de la competencia judicial internacional de las autoridades del Estado miembro en que el niño residía antes del traslado o de la retención ilícita si ese traslado o retención se ha realizado a o en un tercer Estado. Si así fuera, los Convenios en que pudieran participar los Estados miembros con terceros Estados quedarían desactivados, al tiempo que la solución, inicialmente argüida sobre el principio del interés superior del menor, quedaría injustificada.

26. Cierto es que existen situaciones que no están cubiertas por el artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003 ni por el artículo 7 CH 1996²⁶. En estos casos, si no existiera tampoco un convenio bilateral entre el país en el que ha sido trasladado o retenido el menor y el Estado miembro de origen, en virtud de lo establecido en el artículo 14 Reglamento, el Estado miembro tendrá que determinar si dispone de competencia judicial internacional conforme a sus normas internas. Si así fuera, y las reglas internas de competencia no se diferenciaban de las ya previstas en el Reglamento, entonces el traslado o retención de un menor en un Estado tercero provocará la pérdida de competencia judicial internacional del Estado

²⁶ Repárese en que la única diferencia que introduce el Reglamento (UE) 2019/1111 en la regulación de esta cuestión es que en el actual artículo 9 se añade una condición alternativa a las ya existentes para considerar que el menor ha adquirido nueva residencia habitual por el transcurso de un año desde la localización del menor: integración en el nuevo entorno y que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario. E. Rodríguez Pineau, "La refundición del Reglamento Bruselas II Bis...", *loc. cit.*, p. 142, nota 10.

miembro de origen²⁷, a falta de poder aplicar el foro de necesidad del artículo 12.4 Reglamento (CE) 2201/2003. Foro este que, por otro lado, de forma incomprensible, ha desaparecido del Reglamento (UE) 2019/1111, texto que comenzará a aplicarse a partir del 1 de agosto de 2022.

²⁷ C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 OOU, SS y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2021, vol. 13, nº 2, p. 648; 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, pp. 825-833; Id, “Sustracción internacional de menores. Especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, nº 1, pp. 966-973; 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*, marzo 2021, vol. 13, nº 1, pp. 134-152.

LA DONACIÓN MORTIS CAUSA COMO PACTO SUCESORIO:
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021, UM, C-277-20.

THE MORTIS CAUSA GIFTS AS AN AGREEMENT AS TO SUC-
CESSION: COMMENTARY TO THE CJEU JUDGEMENT OF 9
SEPTEMBER 2021, UM, C-277-20

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID 0000-0003-0119-3249

Recibido:17.01.2021 / Aceptado:20.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6711>

Resumen: La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021 en el asunto *UM* se pronuncia sobre el concepto de *pacto sucesorio* contenido en el art. 3.1 del Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

La interpretación autónoma y uniforme del Reglamento de sucesiones debe favorecer el objetivo de ayudar a los herederos y a las personas próximas al causante y también a los acreedores de la herencia a ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, así como permitir a los ciudadanos de la Unión preparar su sucesión. Esta sentencia al clarificar el concepto de pacto sucesorio y determinar la aplicación del Reglamento de sucesiones facilita la identificación de la norma de Derecho Internacional Privado de la Unión a las transmisiones *mortis causa* y, con ello, la seguridad jurídica en las situaciones con elemento extranjero.

Palabras clave: Donación *mortis causa*, pacto sucesorio, Reglamento de sucesiones, conceptos autónomos.

Abstract: The Court of Justice Judgement of 9 September 2021 in the *UM* case clarifies the agreement as to succession of art. 3.1 of the Regulation (EU) no. 650/2012 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.

The autonomous and uniform interpretation of the Regulation on succession should further the objective of helping the heirs and persons close to the deceased and also the inheritance creditors to exercise their rights in of cross-border succession situations, as well as enabling Union citizens to prepare their succession. This judgment, by clarifying the concept of agreement as to succession and determining the application of the Regulation on succession, facilitates the identification of the Union's private international law rule to transfer of assets by reason of death and, thus, legal certainty in situations with a foreign element.

Keywords: Mortis causa *gifts*, agreement as to succession, succession Regulation, autonomous concepts

Sumario: I. Introducción. II. Hechos y aplicabilidad del Reglamento de sucesiones. III. La calificación autónoma de las donaciones *mortis causa* como pactos sucesorios en el Reglamento de Sucesiones. IV. La *professio iuris* en el Reglamento de sucesiones. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 septiembre 2021 en el asunto *UM* se pronuncia sobre el concepto de *pacto sucesorio* contenido en el art. 3.1 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y 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 Reglamento de sucesiones o RES)¹.

2. Se trata de una cuestión discutida por la doctrina desde la entrada en vigor del Reglamento de sucesiones².

El negocio jurídico sobre el que se pronuncia el Tribunal de Justicia en la sentencia comentada es el que la doctrina española ha denominado donaciones *mortis causa* por entender que producen su efecto no en vida del donante sino en el momento de su fallecimiento³.

Parte de la doctrina internacional privatista ha debatido sobre la inclusión de las donaciones *mortis causa* en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones defendiendo una calificación *lex causae* de estos actos⁴.

El art. 1.2, letra g del RES excluye de su ámbito de aplicación la materia “bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante liberalidades” y a falta de una interpretación uniforme y autónoma de la literalidad de la exclusión, parecía deducirse que las liberalidades que deban devengarse con la muerte del causante no estaban reguladas por dicha norma⁵. Esta exclusión ha sido criticada por parte de la doctrina que ha defendido la calificación de pactos sucesorios de las donaciones *mortis causa* y, su sometimiento a las normas del Reglamento de sucesiones⁶.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, al plantearse la ley aplicable a las donaciones, deduce del art. 1.2 letra g RES la naturaleza contractual de las donaciones *mortis causa* en el ámbito del Derecho Internacional Privado de la UE⁷. La consecuencia de aceptar esta tesis supone entender también

¹ STJUE 9 septiembre 2021, *UM*, C-277-20, ECLI:EU:C:2021:708.

² 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*. Aranzadi, Cizur Menor, 2019 y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. GINEBRA MOLINS /J. TARABAL BOSCH (DIR), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

³ R. LUQUIN BERGARECHE, “Donación *mortis causa*” en M.A. Egusquiza Balmaseda/C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (DIR), *Tratado de las Liberalidades*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1305-1319, concr. p. 1305.

⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. GINEBRA MOLINS /J. TARABAL BOSCH (DIR), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 73. Aunque se trata del análisis del artículo 1 RES, también A. BONOMI, A., “Art.1” en BONOMI, A./WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones: comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.70-88.

⁵ 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*. Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 71.

⁶ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, 465-484 y A. FONT I SEGURA, “Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes”, en E. GINEBRA MOLINS /J. TABARAL BOSCH (DIR), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 161-192.

⁷ Esto tendría la consecuencia de su sometimiento, por tanto, al Reglamento Roma I. *Ibidem*. Y A.L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV)*, op. cit., p. 71. Excluye este autor del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones todas las donaciones y las considera incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I.

la aplicación del Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia judicial internacional y el Reglamento Roma I para identificar la ley aplicable en los litigios que tengan como objeto principal una donación *mortis causa*⁸.

Por ello debe ser muy bienvenido este pronunciamiento del Tribunal de Justicia ya que la sentencia viene a colmar una necesidad de interpretación autónoma de los Reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado y, por tanto, de los conceptos de pacto sucesorio (art. 3 RES) y de liberalidad (art. 1.2, letra g del RES) como método de transmisión de bienes o derechos que se devenga por muerte del causante, sin tener en cuenta el concepto que de donaciones *mortis causa* se tenga en Derecho interno.

La naturaleza y la regulación de esta institución varía no solo en los distintos Estados miembros (considerando 49 del RES) sino también dentro de España en los distintos ordenamientos civiles. En España la figura del pacto sucesorio está contemplada en ciertas Comunidades Autónomas (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, País Vasco y Navarra)⁹. En algunos ordenamientos se conceptúan como instituciones *mortis causa* pero el cambio de titularidad del bien se produce en vida del transmitente. La adquisición del patrimonio se produce *intervivos* manteniendo la naturaleza gratuita de la adquisición. El Tribunal Supremo, a principios de 2016 entendió que la figura de la “apartación gallega” (arts. 209 y ss de la ley gallega 2/2006) es un pacto sucesorio por lo que es una transmisión lucrativa por causa de muerte¹⁰. Si estas figuras tuvieran efectos inmediatos “con efectos de presente”, hasta tal punto que los bienes puedan ser transmitidos por el beneficiario antes del fallecimiento del donante no podrán calificarse como pacto sucesorio *ex. art. 3.2, letra b RES* tras la aclaración del Tribunal de Justicia en esta sentencia.

Dada esta diversidad de naturaleza jurídica, utilizar un criterio nacional conforme a la *lex causae* para determinar qué Reglamento europeo resulta de aplicación resulta muy complejo. Esta teoría podría llevarnos al absurdo de aplicar el Reglamento europeo de sucesiones para determinar la competencia judicial internacional a un litigio sobre una donación *mortis causa* y, en cambio, rechazar la naturaleza sucesoria, en aplicación de la *lex causae* para terminar aplicando la norma de conflicto del Reglamento Roma I. La determinación de la naturaleza jurídica caso por caso, mediante el recurso a la interpretación del Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial parece la solución más acorde con los objetivos del art. 81.1 TFUE. Debe recordarse, además, la necesidad de una interpretación dinámica de los Reglamentos que integran el espacio judicial europeo.

Ya se había afirmado que la decisión de la aplicación de la norma de conflicto relativa a las sucesiones, esto es, el Reglamento de sucesiones o el relativo a las obligaciones contractuales dependería de la presencia en el acto de la revocabilidad y del momento de la transferencia de los bienes del patrimonio del donante al donatario¹¹.

II. Hechos y aplicabilidad del Reglamento de sucesiones

3. La petición prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3.1, letra b y 83.2 del Reglamento de sucesiones en un litigio iniciado por un nacional alemán relativo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición por una donación *mortis causa* de un bien inmueble sito en Austria¹². El 22 de julio de 1975, cuando se celebró el contrato de donación *mortis causa* entre padre e hijo -el Sr. UM-, todas las partes tenían su residencia habitual en Alemania.

⁸ La literalidad de la excepción de la letra f del art. 1.2 RBI bis puede resultar un obstáculo para abogar por esta interpretación ya que dice literalmente que quedan excluidos de su ámbito de aplicación *los testamentos y sucesiones*. Sobre la complejidad de la interpretación de esta letra, véase, P. ROGERSON, “Chapter I: Scope and Definitions”, U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I bis Regulation*, Vol. I, OttoSchmidt, Köln, 2016, pp. 46-105, en especial, pp. 83-84.

⁹ S. NAVAS NAVARRO, “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, *Indret*, nú. 2, 2009. Ley 165 y ss del Fuero Nuevo, J.L. MEZQUITA DEL CACHO/A. PANIZA FULLANA, Libro II. Título III, ley 165”, en E. RUBIO TORRANO/M.L. ARCOS VIEIRA(DIR.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 714 y ss.

¹⁰ STS 9 febrero 2016, Sala de lo contencioso, ECLI:ES:TS:2016:407

¹¹ N. GOÑI, *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, 2020, p. 69.

¹² Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competen-

Los hechos que dieron origen al litigio en Austria se refieren a la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de propiedad sobre el bien inmueble adquirido por el Sr. UM, alegando que, en el momento del fallecimiento de su padre, era el único beneficiario de un contrato dispuesto por su padre. En virtud de dicho contrato, a su muerte debía transmitirse a su hijo y a su entonces nuera, por mitades, la propiedad de un terreno sito en Austria, incluido todo lo que, en el momento de su fallecimiento, se hubiera construido en él, con determinadas condiciones. Entre las condiciones impuestas en dicho contrato figuraban, en particular, la obligación del padre de construir, en los diez años siguientes a la celebración del contrato, un edificio de dos viviendas y la circunstancia de que su hijo y su esposa siguieran casados y esta estuviera viva. En caso contrario, el contrato estipulaba que su hijo sería el único beneficiario. El padre autorizó asimismo la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad austriaco previa presentación de un certificado de defunción oficial y de la prueba del cumplimiento de las condiciones impuestas para la ejecución de la transmisión. Antes del fallecimiento del padre acaecido el 13 de mayo de 2018 en Colonia (Alemania), su hijo se había divorciado y posteriormente su ex esposa había fallecido.

El contrato incluía una cláusula f que indicaba “Las relaciones jurídicas derivadas de los contratos que se celebren se regirán por el Derecho austriaco [...]”.

4. El Registro de la Propiedad austriaco denegó la inscripción del título de propiedad porque no se consideraron acreditadas las condiciones impuestas en el contrato -no se había construido edificio alguno- conforme a la ley austríaca aplicable al caso por mor de la cláusula de elección de ley incluida en el mismo.

La decisión se recurrió ante el Tribunal Regional de Klagenfurt que la confirmó por entender, entre otras cuestiones, que el Reglamento de Sucesiones no era aplicable, “debido a la elección del Derecho austríaco” en el contrato.

El hijo del donante interpuso recurso ante el Tribunal Supremo austriaco que entendió que la validez de la elección del Derecho austriaco como ley aplicable en un contrato por el que se transmite la propiedad *mortis causa* y la aplicación del Reglamento de Sucesiones a este contrato son cuestiones previas, que debe examinar de oficio para poder responder a la cuestión de la competencia funcional del gestor procesal en el litigio principal.

El Tribunal Supremo austriaco consideró que se celebró un contrato de transmisión de la propiedad *mortis causa* a favor del hijo del causante, pero se pregunta, en primer lugar, sobre si tal contrato está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Sucesiones y puede calificarse de «pacto sucesorio» a los efectos del artículo 3, apartado 1, letras b) y d) RES. En segundo lugar, el Tribunal Supremo austriaco se pregunta si, siendo de aplicación el Reglamento de Sucesiones a la donación *mortis causa*, si el art. 83.2 RES es aplicable a un acuerdo de elección de ley efectuada (cláusula f) del contrato antes del 17 de agosto de 2015 para un contrato de donación *mortis causa*.

5. Como premisa para la resolución del caso, antes de valorar la interpretación del concepto de pacto sucesorio del art. 3.2, letra b del RES, hay que pronunciarse sobre la aplicación del Reglamento de sucesiones al supuesto, para lo que debe analizarse el ámbito de aplicación de la norma europea, cuestión ésta que el Tribunal resuelve de manera rápida haciendo una simple referencia a que la exclusión del art. 1.2, letra g se aplica a los bienes transmitidos *por título distinto a la sucesión*¹³. Este examen del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones debe realizarse desde el punto de vista temporal, espacial y material, siendo este último el relevante en el caso analizado.

El Tribunal de Justicia, para diferenciar el negocio jurídico en cuestión de las transmisiones de bienes o derechos *transmitidos por título distinto de la sucesión* (art.1.2, letra g RES), indica que los pactos sucesorios a los que se refiere el art. 3.1, letra b RES constituyen *disposiciones mortis causa* en el sentido de la letra d de la misma norma, del mismo modo que los testamentos o los testamentos mancomunados.

cia, ley aplicable, el reconocimiento y 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 2012, L 201, p. 107).

¹³ STJUE 9 septiembre 2021, UM, C-277-20, ECLI:EU:C:2021:708, apdo. 27.

Centrándose en este ámbito material de aplicación del Reglamento, el Abogado General aclara que el litigio en el Austria tiene por objeto las condiciones de adquisición de un bien inmueble a título sucesorio que se plantea con ocasión de la denegación de su inscripción en el Registro de la Propiedad austríaco y no las modalidades de inscripción en el Registro¹⁴. Por tanto, el objeto del litigio no estaría excluido del ámbito material por el art. 1.2, letras k y l del RES que excluyen las cuestiones relativas a la naturaleza de los derechos reales, así como las registrales.

III. La calificación autónoma de las donaciones *mortis causa* como pactos sucesorios en el Reglamento de Sucesiones

6. En primer lugar, el Tribunal Supremo austríaco solicita al TJUE que interprete el concepto de “pacto sucesorio” del art. 3.1, letra b RES para indicar si comprende un contrato de donación *inter vivos* conforme al cual se produce una transmisión de la propiedad sobre un bien que pertenece al donante y que no se producirá hasta el momento del fallecimiento de este.

7. El propio Reglamento de sucesiones recoge la disparidad de regulación de los derechos nacionales respecto de la aceptación de los pactos sucesorios en los Estados miembros e indica que debe ser la ley nacional aplicable conforme al art. 25 la que ha de regir su admisibilidad, “su validez material y sus efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución” (considerando 49). Y, en realidad, así informa el Abogado General, alegando que parte de la doctrina aboga por dicha calificación¹⁵. BONOMI ha recogido las propuestas doctrinales relativas a la calificación de los pactos sucesorios¹⁶. En primer lugar, la calificación *lege fori* de las donaciones *mortis causa* supone utilizar los criterios de derecho nacional para diferenciar las donaciones *inter vivos* de las *mortis causa*. Esta propuesta tiene el inconveniente de no respetar la aplicación uniforme del Reglamento de sucesiones. En segundo lugar, se ha propuesto someter la calificación del negocio jurídico a la ley estatal a la que nos remite el art. 25 del RES y finalmente, realizar una calificación autónoma del acuerdo de tal modo que el negocio entrara en el ámbito de aplicación del Reglamento.

8. La doctrina ha mantenido un concepto amplio de “pacto sucesorio”. Incluiría, por ejemplo, acuerdos donaciones sometidos a la condición del fallecimiento, la *donation-partage*¹⁷ de Derecho francés, belga y portugués¹⁸. También los contratos de hacer o no hacer o revocar o no revocar un testamento, aunque esos contratos no afectan a los derechos directamente, pero obligan al testador a ejercer su libertad de hacer testamento de una determinada manera¹⁹.

Para la aplicación de dicho concepto es irrelevante que haya *consideration* o no, es decir que falte la causa contractual²⁰. En cambio, de acuerdo con las otras letras de la disposición, no se aplica

¹⁴ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo.28. El Abogado General fundamenta su distinción en la STJUE de 12 octubre 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, apdo. 54 ya que la exclusión del art. 1.2, letra l RES se refiere únicamente a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y a los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo, los requisitos para la adquisición de tales derechos no figuran entre las materias excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento en virtud de la citada disposición.

¹⁵ Sobre esta cuestión véase, 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, 2018, núm. 1, pp. 70-93.

¹⁶ A. BONOMI, «Article 1. Champ d’application», *op. cit.*, punto 53.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ D. BOULANGER, “Le renouvellement du traitement de l’anticipation successorale au travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012”, *La semaine juridique. Notariale et immobilière*, n. 27, 5 juillet 2013, pp. 39-44, concr. p. 41.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ A. BONOMI, “Article 3”, en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, 2012, p. 145.

²¹ M. WELLER, “Article 3 Definitions”, en A. L. CALVO CARAVACA /A. DAVÍ/H.-P. MANSSEL (ED.), *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 114-123, concr. p. 117.

el RES a los acuerdos de donaciones ya que están expresamente excluidos del RES en la letra g del mismo artículo²¹.

Por el contrario, es necesario el efecto vinculante del contrato, si no lo tiene porque el causante no se ha obligado mediante ese acuerdo no se consideraría *pacto sucesorio* en el sentido del art. 3.1 RES. Sin embargo, es irrelevante para la consideración del pacto sucesorio que el negocio no tenga contraprestación o que se trate de un negocio mixto, esto es, una parte del acuerdo, otorgado en el mismo acto, puede incluir una obligación que está fuera del ámbito de aplicación del RES porque produzca efectos *intervivos* y, en ese caso, se aplicarán sus propias normas de conflicto²².

9. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente, el Gobierno alemán y la Comisión defendían su naturaleza sucesoria, en cambio el Gobierno español alegó que el contrato de donación debía considerarse una liberalidad y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones por el art. 1.2, letra g.

10. El concepto de pacto sucesorio del Reglamento de sucesiones se inspira en el art. 8 del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones e incluye expresamente los *mutual wills*²³. El artículo 8 CLH 1989 que define los pactos sucesorios es prácticamente idéntico al art. 3.2, letra b RES.

El abogado general indica que, por esta razón, atendiendo al informe explicativo del Convenio de La Haya de 1989 la exclusión de las liberalidades del art. 1.2, letra g RES debe ser aplicado a todas las disposiciones distintas de las realizadas *mortis causa*, y excluye como liberalidad las operaciones *intervivos* en las que el derecho de propiedad nace con el fallecimiento (apdo. 38)²⁴. Por tanto, debe utilizarse como criterio diferenciador de un pacto sucesorio y una donación *inter vivos* el momento en el que se produce el traslado de la propiedad del bien.

De la misma manera, debe hacerse la distinción acudiendo al objeto del contrato, el pacto sucesorio hace referencia a los bienes que formarán parte del patrimonio de una persona en el momento de su muerte y otorgará un derecho futuro sobre uno de dichos bienes. Ese derecho se concretará en el momento del fallecimiento. En cambio, la transacción *intervivos* es completa en ella misma y crea inmediatamente un verdadero título de propiedad²⁵.

11. En esta sentencia se establecen los elementos para determinar la calificación de la donación *mortis causa* y la interpretación del concepto de pacto sucesorio. El Tribunal recuerda la necesaria interpretación autónoma del concepto de pacto sucesorio porque el RES no remite al Derecho de los Estados miembros, por lo que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, para la que habrá que tener en consideración, además del tenor literal de la norma que se transcribe a continuación, el contexto del artículo 3 y la finalidad que el Reglamento de sucesiones busca²⁶.

²¹ M. WELLER, “Article 3 Definitions”, en A. L. CALVO CARAVACA /A. DAVÍ /H.-P. MANSEL (ED.), *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 114-123, concr. p. 118.

²² M. WELLER, “Article 3 Definitions”, en A. L. CALVO CARAVACA /A. DAVÍ /H.-P. MANSEL (ED.), *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 114-123, concr. p. 118., parece que, en contra, Bonomi, p. 142

²³ D. BOULANGER, “Le renouvellement du traitement de l’anticipation successorale au Travers du règlement (UE) du 4 juillet 2012”, *La semaine juridique, notariale et immobilière*, n. 27, 2013, p. 41 y M. WELLER, “Article 3 Definitions”, en A. L. CALVO CARAVACA /A. DAVÍ /H.-P. MANSEL (ED.), *The EU Succession Regulation. A commentary*, Cambridge University Press, 2016, pp. 114-123, concr. p. 117. Este Convenio no ha entrado en vigor. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=62>

²⁴ El informe explicativo diferencia claramente las disposiciones *mortis causa* de las *inter vivos* que producen un efecto de derecho real inmediato, en cambio en los negocios *mortis causa* dicha transmisión se produce e el momento de la muerte del disponente y en ningún otro. DONOVAN W.M. WATERS, *Rapport explicatif Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort*: <https://assets.hcch.net/docs/ed641835-352a-4fe0-a378-5bf4222086c8.pdf> punto 92 (p.575).

²⁵ *Ibidem*, punto 92.

²⁶ STJUE 9 septiembre 2021, *UM*, C-277-20, ECLI:EU:C:2021:708, apdo. 29.

12. En todo caso, habrá que partir de la literalidad de la disposición en la que el Reglamento de sucesiones define el «pacto sucesorio» como *todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo.*

Atendiendo al tenor literal del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones, el Tribunal señala que este precepto se refiere, de manera general, a un acuerdo que en particular confiera derechos relativos a «la sucesión o las sucesiones» futuras y que el Reglamento entiende por «sucesión» «la sucesión por causa de muerte», entendiéndose por este término «cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes [...], ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato» (FD 30 y 31).

De ello concluye el Tribunal que tal y como ocurre en el litigio dilucidado ante el Tribunal supremo austríaco *un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, se transmita la propiedad de un bien inmueble que le pertenece y que de esta forma confiere derechos relativos a su sucesión futura a otras partes de dicho contrato constituye un «pacto sucesorio» a los efectos del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones* (FD 32).

13. A la hora de realizar esa interpretación autónoma del concepto de pacto sucesorio el Tribunal de Justicia lo pone en relación con la exclusión de los bienes transmitidos por título distinto a la sucesión, y pone como ejemplo el de las liberalidades, y a la necesaria interpretación estricta de las exclusiones (FD 34).

Por tanto, diferencia el concepto de pacto sucesorio como disposición *mortis causa* del de liberalidad. Para ello, el Abogado General recuerda que el considerando 14 del Reglamento utiliza la expresión *liberalidades o cualquier otra forma de disposición inter vivos que tenga por efecto la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento*²⁷. Asimismo, resulta esa interpretación de las otras modalidades de transmisión de bienes, derechos y acciones excluidas por ese mismo art. 1.2, letra g que hace referencia a la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, los planes de pensiones, los contratos de seguros y las transacciones de naturaleza análoga. Todas ellas han sido excluidas por el Reglamento por ser *actos inter vivos por los que se constituyen derechos antes del fallecimiento de su titular o que, en principio, disponen la transmisión de bienes por medios distintos de la sucesión* (apdo. 37).

Esta exclusión debe ser interpretada de manera estricta y, por tanto, no puede entenderse como tal una donación *mortis causa* por la que *se confiere al donatario un derecho sobre bienes que forman parte del patrimonio del causante únicamente al fallecimiento de este, a condición de que el donatario le sobreviva, y disponen, por lo tanto, modalidades de transmisión de la sucesión*²⁸.

Y se utiliza como criterio esencial el de la determinación de los derechos del donatario sobre los bienes que constituyen la herencia respecto de otros herederos en una sucesión que no ha sido abierta.

Este es el criterio que utilizó el Tribunal de Justicia en el caso *Mahnkopf* para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones en relación a una situación en la que se plantea el cálculo de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge supérstite con respecto a los otros herederos²⁹.

En nuestro caso, el fallecimiento del donante es un requisito para tal transmisión de derechos y no para su ejecución concreta. Además, los derechos de propiedad nacerán con ocasión del fallecimiento de su padre y sobre los bienes que constituyan, en ese momento, el patrimonio del causante³⁰.

Esto significa que, a juicio del Abogado General, puede existir un pacto sucesorio sobre determinados bienes, esto es que no contemple toda la sucesión, y un pacto sucesorio sobre bienes que el donante no posea en el momento de conclusión de dicho acuerdo³¹.

²⁷ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo. 36.

²⁸ *Ibidem*, apdo. 40.

²⁹ STJUE 1 marzo 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, apdo. 40.

³⁰ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo. 41.

³¹ *Ibidem*. Apdo. 41.

14. La aplicación del criterio hermenéutico relativo a los objetivos del Reglamento lleva al Tribunal a sostener la naturaleza sucesoria del negocio jurídico ya que ésta contribuye al objetivo perseguido por el Reglamento de sucesiones de evitar la fragmentación de la sucesión (FD 33). Esta interpretación es conforme al principio de unidad de la sucesión, ya que permite establecer un régimen uniforme aplicable a todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte con repercusiones transfronterizas y en particular a «cualquier forma de transmisión de bienes [...] por causa de muerte», como resulta de su considerando 9³².

Con ese fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar la fragmentación de la sucesión, el Reglamento prevé la unidad de la ley sucesoria para el conjunto del patrimonio del causante³³.

Se plantea el Abogado General la repercusión sobre la fragmentación de la sucesión de la calificación de la donación *mortis causa* como pacto sucesorio o como donación. Entiende el Abogado General que *calificar la donación mortis causa de «pacto sucesorio» no conlleva la fragmentación de la sucesión, sino que garantiza a las partes interesadas en la transmisión de uno o varios bienes que forman parte del patrimonio del causante la seguridad jurídica perseguida en las sucesiones con repercusiones transfronterizas*³⁴.

Para ello el Tribunal se plantea las consecuencias de la interpretación contraria, la calificación contraria produciría la exclusión de otros actos destinados a planificar la transmisión de la propiedad por causa de muerte del causante³⁵. Con la consecuencia de que estarían dichos actos sujetos a distintas normas de conflicto, como el Reglamento Roma I lo que *podría menoscabar enormemente el principio de unidad de la ley sucesoria*³⁶.

Este principio de la unidad de la ley sucesoria tiene su reflejo también sobre las reglas sobre competencia de los tribunales, ya que esta se atribuye para resolver sobre la totalidad de la sucesión³⁷. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que una interpretación de las disposiciones del Reglamento de sucesiones que supusiera la fragmentación de la sucesión *mortis causa* sería incompatible con los objetivos del citado Reglamento³⁸.

IV. La *professio iuris* en el Reglamento de sucesiones

15. En segundo lugar, como se ha explicado más arriba el contrato de donación contenía una cláusula f que indicaba “las relaciones jurídicas derivadas de los contratos que se celebren se regirán por el Derecho austríaco...”.

En contra de lo afirmado por el *Ladesgericht Klagenfurt* (Tribunal Regional de Klagenfurt de Austria) que entendía que el Reglamento de sucesiones no era aplicable debido a la elección del Derecho austríaco por la cláusula de elección de ley mencionada, el Tribunal Supremo austríaco considera que el contrato de donación *mortis causa* está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones y que son de aplicación sus disposiciones transitorias, pero tiene dudas sobre la interpretación del art. 83.2 RES en relación a su aplicación a la cláusula de elección de ley aplicable en un pacto sucesorio celebrado el 22 de julio de 1975.

³² STJUE de 21 junio 2018, *Oberle*, C-20/17, EU:C:2018:485, apartados 55 y 56).

³³ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo.44 y STJUE de 12 octubre 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, apdo. 44 y 57.

³⁴ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo. 47.

³⁵ *Ibidem*, apdo. 48.

³⁶ Sobre la determinación de la ley aplicable a las distintas cuestiones jurídicas de las donaciones internacionales, véase, N. GOÑI, *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*, op. cit.

³⁷ STJUE 21 junio 2018, *Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apdo. 55.

³⁸ STJUE 12 octubre 2017, *Kubicka*, C-218/16, EU:C:2017:755, apartado 57 y STJUE 21 junio 2018, *Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apdo. 56.

16. Esta norma dispone que una elección aplicable a la sucesión realizada antes del 17 de agosto de 2015 será válida si cumple las condiciones establecidas en el art. 22 RES, por remisión del art. 25.3 de la misma norma.

Salvo en la versión en lengua alemana, dicho art. 22.1 RES establece que la elección de ley aplicable debe extenderse a la totalidad de la sucesión³⁹. Y en ese sentido ha sido interpretado el Tribunal de Justicia en el caso *E.E.* en el que se indica que *una persona puede elegir como ley rectora de la totalidad de su sucesión la del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar esa elección o en el momento de su fallecimiento. Además, el apartado 2 del mentado artículo 22 precisa que dicha elección debe hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo*⁴⁰. En la misma sentencia el Tribunal afirma que dicha exigencia se aplica también en el caso en el que el causante hubiera elegido dicha ley antes del 17 de agosto de 2015⁴¹.

En nuestro caso, el Tribunal considera que la cláusula contractual referida contiene una elección de ley en favor del Derecho austríaco únicamente a las relaciones jurídicas nacidas entre las partes y no a la totalidad de la sucesión, por lo que no es de aplicación el art. 83.2 RES⁴².

17. Lo que el Tribunal de Justicia no resuelve porque el Tribunal remitente no se lo plantea es la competencia judicial del Tribunal de origen. En efecto, dada la nacionalidad alemana del donante en el momento de otorgar la donación *mortis causa* y la residencia habitual en Alemania, en dicho momento y en el momento del fallecimiento, éste no podía elegir como ley aplicable a la sucesión la ley austríaca en virtud del art. 25.1 RES. Por tanto, tampoco será de aplicación el 83.4 RES⁴³.

Por tanto, si se analizan estas circunstancias se concluye que tienen consecuencias sobre la competencia judicial de los tribunales austríacos para pronunciarse sobre si el hijo del señor *UM* ha adquirido la propiedad de un bien inmueble sito en su territorio a título sucesorio.

El Reglamento de sucesiones no se aplica a la naturaleza ni a la inscripción de los derechos reales sobre bienes inmuebles, sin embargo, en el caso *Kubicka*, el Tribunal de Justicia indicó que la modalidad de transmisión *mortis causa* de un derecho real entra en el ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones⁴⁴.

V. A modo de conclusión

Como indica el Abogado General la interpretación autónoma y uniforme del Reglamento de sucesiones debe favorecer el objetivo de ayudar a los herederos y a las personas próximas al causante y también a los acreedores de la herencia a ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, así como permitir a los ciudadanos de la Unión preparar su sucesión. Esta sentencia al clarificar el concepto de pacto sucesorio y determinar la aplicación del Reglamento de sucesiones facilita la identificación de la norma de Derecho Internacional Privado de la Unión a las transmisiones *mortis causa* y, con ello, la seguridad jurídica en las situaciones con elemento extranjero.

³⁹ El problema se plantea porque en la versión alemana del Reglamento de Sucesiones no se precisa que la elección de ley debe alcanzar a toda la sucesión. Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo. 54.

⁴⁰ STJUE de 16 julio 2020, *E. E.*, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569, apdo. 88.

⁴¹ *Ibidem*, apdo. 92.

⁴² STJUE 9 septiembre 2021, *UM*, C-277-20, ECLI:EU:C:2021:708, apdo. 39.

⁴³ Conclusiones del Abogado General de 1 julio 2021, *UM*, asunto C-277/20, ECLI:EU:C:2021:531, apdo.57.

⁴⁴ STJUE de 12 octubre 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755, apdo. 54.

TRIPULANTES DE CABINA DE PASAJEROS Y CONTRATO
INTERNACIONAL DE TRABAJO (STSJ DE ISLAS BALEARES
NÚM. 54/2021, DE 19 FEBRERO)

CABIN CREW AND INTERNATIONAL LABOUR CONTRACT
(DECISION OF THE HIGHER COURT OF BALEARIC ISLANDS
OF FEBRUARY 19, 2021)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido:16.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6712>

Resumen: De nuevo se suscita ante los tribunales españoles un litigio en el marco de la relación laboral que vincula a la aerolínea Ryanair con sus trabajadores, en esta ocasión, una tripulante de cabina de pasajeros. Siguiendo la estela de anteriores decisiones judiciales, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia consideran que la ley rectora del contrato de trabajo es la española, a fin de otorgar una mayor protección a la trabajadora. Para ello, realizan una interpretación tuitiva de la cláusula de elección de ley contenida en el contrato, que inicialmente lo sometía a la legislación irlandesa.

Palabras clave: tripulación de cabina de pasajeros, competencia judicial internacional, conflicto de leyes, ley aplicable al contrato internacional de trabajo, cesión ilegal de trabajadores.

Abstract: Once again, litigation is being conducted before the Spanish courts as a consequence of the employment relationship that links the airline Ryanair with its workers, this time a cabin crew member. Following in the wake of previous judicial decisions, both the Labour Court and the Superior Court of Justice consider that the labour contract is governed by Spanish law in order to grant greater protection to the worker. For that purpose, the Court carry out a protective interpretation of the clause of choice of law contained in the contract, which initially subjected it to Irish law.

Keywords: cabin crew, international jurisdiction, conflict of laws, law applicable to the international labour contract, illegal assignment of workers.

Sumario: I. El supuesto de hecho: de nuevo, una trabajadora de Ryanair. II. La ignorada cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses. III. La discutida cláusula de designación de la *lex contractus*. IV. La declarada existencia de cesión ilegal de trabajadores. V. Conclusión: la eficacia tuitiva del Reglamento Roma I en el ámbito de contrato individual de trabajo.

I. El supuesto de hecho: de nuevo, una trabajadora de Ryanair

1. El despido de una tripulante de cabina de pasajeros al servicio de la compañía aérea Ryanair da lugar a la decisión que aquí se examina, cuando la trabajadora acude a la jurisdicción social española

en demanda de declaración de despido nulo. Se trataba de una trabajadora española con domicilio en la localidad mallorquina de Pollença, contratada el 1 de noviembre de 2017 para prestar servicios de tripulante de cabina de pasajeros en aeronaves propiedad de la compañía Ryanair Limited. No obstante, el contrato de trabajo, de duración determinada entre el 1 de noviembre de 2017 y -conforme al contrato- «no más tarde» del 20 de febrero de 2020, fue suscrito entre la trabajadora y empresa Workforce International Contractors LTD, que como se explicará más adelante, es una de las que habitualmente surten de personal a la aerolínea.

2. Los hechos que dieron lugar al presente procedimiento acaecieron el 8 de julio de 2018, fecha en que la trabajadora tenía programados cuatro vuelos (cuatro «sectores»), siendo así que a partir del segundo comenzaron a acumularse retrasos que fueron encadenándose, lo que produjo un alargamiento de su jornada laboral. Durante el tercer vuelo, el comandante de la aeronave indicó a la tripulación de cabina que muy probablemente superarían el número de horas de vuelo antes de finalizar el cuarto de los programados. Asimismo, comunicó al Departamento de Operaciones de Ryanair que el retraso acumulado exigiría hacer uso de la figura de la «Captain Discretion», figura contemplada en el apartado F) del Manual de Operaciones en los siguientes términos: *«Según la política de Ryanair, el comandante, en caso de circunstancias especiales que puedan provocar una fatiga intensa, y tras consultarlo con los miembros de la tripulación afectados, reducirá el periodo de actividad aérea real y/o aumentará el tiempo de descanso para evitar cualquier efecto perjudicial para la seguridad del vuelo».*

3. A la vista de esta situación, la tripulación de cabina informó al comandante que en caso de que recurriera a la «Discretion», y debido al cansancio ocasionado por los retrasos acumulados y los que previsiblemente quedaban por producirse, no estarían en condiciones de afrontar cualquier eventual emergencia. En consecuencia, los trabajadores declararon no hallarse en condiciones de realizar el último de los vuelos o programados, según recoge la sentencia, *«por encontrarse fatigados después de un día tan largo, carecer de parte del servicio a ofrecer (agua y comida) además de tener que enfrentarse a un gran número de pasajeros enfadados por el gran retraso acumulado».* Por su parte, tanto el comandante como el copiloto de la aeronave sí realizaron dicho vuelo, utilizando la figura de la «Captain Discretion».

Como consecuencia de estos hechos, la compañía aérea abrió un procedimiento disciplinario a los cuatro trabajadores que no cubrieron el último vuelo, que fueron suspendidos de empleo y sueldo en tanto se sustanciaba dicho procedimiento. Éste culminó con el despido de la trabajadora demandante en el proceso judicial, que le fue comunicado mediante escrito de 13 de julio de 2018. El motivo esgrimido por Workforce International Contractor LTD fue el abandono de sus obligaciones laborales, por haberse negado a completar el último vuelo programado para ese día, lo que para la entidad empleadora había generado un considerable retraso en dicho vuelo. Correlativamente, negaba la legitimidad del motivo esgrimido por la trabajadora, cuestionando su falta de capacidad para afrontar el último vuelo, ya que previamente había disfrutado de dos días de descanso. Asimismo, Workforce International censuraba la falta de comunicación directa por parte de la trabajadora al control de tripulaciones o a la «aerolínea cliente», para, de conformidad con el procedimiento, informales de que no se hallaba en condiciones de operar en sus programaciones asignada. En su escrito, la compañía subrayaba que como agencia de contratación de tripulantes de cabina de pasajeros, su negocio se basaba en su habilidad para proveer de trabajadores de confianza a su aerolínea cliente, siendo así que la actitud de la trabajadora había tenido *«graves consecuencias y riesgos, causando seria reputación y daños comerciales a nuestro negocio».* Frente a esta decisión, la actora apeló en fecha 2 de julio de 2018, siendo convocada a una audiencia de apelación mediante escrito de 24 de julio, sin que conste en autos que se hubiera celebrado.

4. Presentada demanda por despido nulo ante el Juzgado de lo Social nº 5 de Palma de Mallorca, el tribunal la estimó parcialmente, declarando por sentencia de 12 de febrero de 2021 la improcedencia -que no nulidad- del despido disciplinario y la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa Workforce y Ryanair siendo ambas condenadas. Y ello, sobre la base de la legislación laboral española, pese a que el contrato de trabajo contenía una cláusula de sumisión a los tribunales y al ordenamiento irlandeses.

5. Esta sentencia fue recurrida en suplicación por la trabajadora y por la empresa Workforce International Contractors, no así por la aerolínea Ryanair, pese a ser parte del proceso de instancia y resultar condenada solidariamente por el Juzgado de lo Social. En su pronunciamiento sobre el recurso, el Tribunal Superior de Justicia, dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2021¹, confirmando íntegramente la sentencia recurrida, por considerar que no concurría elemento alguno que justificara un cambio de parecer.

II. La ignorada cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses

6. Llama la atención en esta sentencia una cuestión que pasa absolutamente desapercibida a lo largo de todo el procedimiento: la cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses incluida en el contrato de trabajo. De forma algo heterodoxa, pues se recoge dentro de la cláusula de elección de ley, donde se añade la siguiente precisión: «*Los tribunales irlandeses tienen jurisdicción sobre toda materia relacionada con la ejecución y cese de tu contrato*». No obstante la cual, las empresas codemandadas no invocan esta sumisión ante la jurisdicción española, ante la que en ningún momento se discute su eventual falta de competencia judicial internacional como consecuencias de dicha elección de tribunal competente.

7. La posibilidad de designar la jurisdicción competente viene expresamente recogida en el 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 («Reglamento Bruselas I bis»)². Su artículo 23 establece un régimen *ad hoc* para la regulación de la sumisión expresa en el marco del contrato internacional de trabajo, que matiza el sistema general recogido en el artículo 25, que regula la sumisión que con carácter genérico se aplica al ámbito material del Reglamento.

8. Tras establecer los foros de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo (arts. 21 y 22), el artículo 23 somete los eventuales acuerdos de elección de foro a las siguientes limitaciones: que sean “1) posteriores al nacimiento del litigio o 2) que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección”. Ambas restricciones evidencian la considerable orientación tuitiva del Reglamento Bruselas I bis en materia de contrato individual de trabajo. La primera, al evitar que la libertad de elección de foro del trabajador se vea condicionada por su situación de inferioridad precontractual, tratando de garantizar que la cláusula de sumisión no haya sido impuesta *de facto* en el contrato de trabajo. La segunda, impidiendo que la designación de una jurisdicción competente tenga el efecto de limitar -haciéndola exclusiva- las opciones de litigar del trabajador, al recaer sobre tribunales a los que el Reglamento 1215/2012 ya le otorga la posibilidad de acudir. Esta limitación trata evitar que los foros de protección reglamentariamente previstos puedan ser excluidos mediante un ‘acuerdo’ de sumisión procesal efectuado antes del nacimiento de la controversia, cuando la capacidad negocial del trabajador se halla más mermada³.

9. La práctica judicial española evidencia la habitualidad de la inclusión en los contratos de los trabajadores de Ryanair de cláusulas de sumisión nulas conforme al artículo 23 del Reglamento Bruselas I bis⁴. Y ello por un doble motivo: no sólo eran anteriores al surgimiento del litigio -al estar insertas en el clausulado del contrato laboral- sino que otorgaban la exclusividad para conocer de eventuales demandas a los tribunales de Irlanda, siendo así que al ser el país del domicilio de la empresa, dicha opción procesal existía *ex artículo 21.1.a)*, no añadiendo una posibilidad nueva de litigar, según exige el

¹ AS\2021\900.

² DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

³ STJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Ahmed Mahamdia c. República Argelina Democrática Popular* (ECLI:EU:C:2012:49).

⁴ STSJ Madrid 14 de diciembre de 2012 (JUR\2013\106190). Como ejemplo de la divergente interpretación judicial española sobre este punto, *vid.* STJS Madrid de 5 de febrero de 2020 (AS 2020\1378) y STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2018 (JUR\2018\115917).

Reglamento. La nulidad de esta cláusula contractual resulta evidente y así lo afirmó de forma rotunda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017⁵, al determinar que: “una cláusula atributiva de competencia como la acordada en los contratos controvertidos en los asuntos principales no cumple ninguno de los dos requisitos fijados por el artículo 21 del Reglamento Bruselas I, por lo que no puede invocarse frente a los demandantes de dichos asuntos”.

10. En el presente supuesto, pese a incluir el contrato de trabajo una cláusula de sumisión a la jurisdicción irlandesa, este acuerdo no es invocado por las codemandadas, de donde sólo cabe deducir una asunción de su falta de validez. Una aceptación que al tiempo que resulta lógica, a la vista de la eficacia real de dicha elección de tribunal desde la perspectiva de la normativa comunitaria, aunque justamente esta circunstancia hace más censurable la contumacia en incluirla en los sucesivos contratos de trabajo celebrados con posterioridad.

III. La discutida cláusula de designación de la *lex contractus*

11. Omitida la cuestión de la competencia judicial internacional -por no controvertida-, todo el protagonismo del razonamiento jurídico de la sentencia del TSJ de Baleares lo adquiere la cuestión de ley aplicable al contrato de trabajo. En este punto, el contrato de trabajo de duración determinada suscrito por la demandante con la empresa Workforce International Contractors LTD, éste incluía la siguiente cláusula: «La relación laboral entre la Compañía y usted será regida en todo momento por la legislación en vigor en la República de Irlanda».

12. La validez y eficacia real de esta disposición contractual debe examinarse a la luz del Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶. El Reglamento recoge el sistema conflictual que determina la ley rectora de los contratos de trabajo, y su carácter *erga omnes* lo hace aplicable a todos los supuestos de conflictos de leyes planteados ante los tribunales españoles, al haber desplazado por completo la normativa conflictual acuñada por el legislador español desde la entrada en vigor de este régimen comunitario⁷. El Reglamento insta un sistema general de determinación de la ley rectora de las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, que resulta también aplicable a las relaciones contractuales laborales, a las que otorga un régimen conflictual particular.

13. En efecto, sobre este método general de designación de la *lex contractus*, la norma comunitaria introduce algunas disposiciones específicas en relación con los contratos celebrados con las denominadas «partes más débiles»⁸. A ellas las considera el Reglamento necesitadas de una especial protección, que les otorga a través de normas de conflicto más favorables a sus intereses que las normas generales⁹. En esta categoría se incluyen consumidores, pasajeros, titulares de pólizas de seguro y trabajadores, ajustándose en cada categoría el sistema de determinación de la *lex contractus* a sus particularidades y especiales características. Así lo declara expresamente el Considerando 16 del Reglamento, que al objetivo general de otorgar seguridad jurídica al espacio judicial europeo mediante la máxima previsibilidad de las normas de conflicto de leyes, añade la necesidad de flexibilizar este sistema conflictual, de forma que los tribunales dispongan de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación

⁵ Asuntos C-168/16 y C-169/16, *Sandra Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osácar c. Ryanair DAC* (ECLI: EU:C:2017:688).

⁶ DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

⁷ El Reglamento Roma I entró en vigor a los veinte días de su publicación, de forma que resulta aplicable a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28). Con anterioridad a este sistema, el conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales se regía por el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones, de 19 de junio de 1980 (DOCE núm. 266, de 9 de octubre de 1980), vigente en España desde el 1 de abril de 1991.

⁸ G. J. SCHÖTZ, “El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Estudios Vol. 1, 115-150, Diciembre 2013.

⁹ *Vid.* Considerando 23.

14. Con esta finalidad tuitiva, en el caso de los contratos de trabajo, la designación de la ley aplicable se realiza mediante un mecanismo que toma como base el régimen general y a continuación introduce significativos matices, que al tiempo moldean la designación de ley y restringen la autonomía de la voluntad contractual de las partes. La regla general es la contenida en el artículo 3, que determina que se regirá por la ley elegida por las partes. El precepto consagra esta elección de ley con una considerable flexibilidad, admitiendo la designación expresa o implícita y total o parcial, así como la posibilidad de modificar “*en cualquier momento*” (art. 3.2) la elección de ley inicial, aunque con ciertas limitaciones a los efectos de tal cambio¹⁰.

15. El mismo precepto introduce ciertas restricciones a la libertad contractual, permitiendo la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país donde se localicen todos los elementos del contrato salvo la propia elección de ley (art. 3.3). Se trata de los «contratos subjetivamente internacionales», aquellos que estando vinculados *in toto* a un único ordenamiento, se ven «internacionalizados» por la exclusiva designación de las partes de un ordenamiento extranjero como ley rectora del mismo¹¹. Esta imposición rige también en los supuestos en que todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, disponiendo el Reglamento que la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo (art. 3.4).

17. En el marco del contrato internacional de trabajo, esta regulación general viene matizada por las previsiones contenidas en el artículo 8 del Reglamento, que establece un régimen *ad hoc* para esta figura contractual. Como norma de base, determina que el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3, manteniendo con ello la autonomía de la voluntad como criterio prioritario de designación de la *lex contractus*, al modo del régimen contractual general. Seguidamente, y con la finalidad tuitiva ya señalada, advierte la norma que dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de sus apartados 2, 3 y 4. En consecuencia, la ley rectora del contrato podrá determinarse mediante el principio de libertad de elección, pero únicamente en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección.

18. El apartado 2 designa la *lex contractus* en defecto de elección, que será la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente¹². La eventualidad de una imposible determinación del lugar de ejecución habitual del trabajo se aborda en el apartado 3, que somete en tal caso al contrato de trabajo a la ley donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Este régimen se completa con la previsión del apartado 4, que introduce una cláusula de escape destinada a localizar el ordenamiento real y efectivamente vinculado con el contrato, ordenando la aplicación de dicha ley.

¹⁰ Así, la norma puntualiza que las modificaciones relativas a la determinación de la ley aplicable que se realicen con posterioridad a la celebración del contrato no obstarán a la validez formal del contrato determinada por el artículo 11 del Reglamento, ni podrán afectar a los derechos de terceros.

¹¹ Sobre esta posibilidad, permitida por el Reglamento Roma I, *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Contratos internacionales I”, en *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 2923.

¹² El mismo apartado especifica que los desplazamientos temporales de trabajadores para efectuar su prestación en otro Estado no implican un cambio del país de realización habitual del trabajo. En el ámbito del transporte aéreo, resultan habituales tales desplazamientos, por efecto de los ‘préstamos’ o cesiones de pilotos entre compañías. La prestación laboral de los trabajadores temporalmente desplazados debe completarse, en materia de conflicto de leyes, con las normas recogidas en la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre (DOCE L 18, de 16 de diciembre), en su redacción resultante de las modificaciones introducidas por la Directiva 2018/957, de 28 de junio (DOUE L 173, de 9 de julio de 2018). Sobre la evolución legislativa de esta norma, *vid.* O. FOTINOPOULOU BASURKO: “La directiva sobre desplazamiento de trabajadores: convergencias y divergencias con los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social europeos”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº 142, 2019, pp. 71-99.

19. Este régimen específico de designación de la ley aplicable al contrato de trabajo trata de ofrecer una efectiva protección al trabajador, considerado parte débil de la relación contractual, estableciendo un sistema de autonomía *in favorem* basado en una conexión de proximidad¹³, donde la elección por las partes de la ley rectora de la relación laboral queda condicionada a que no ofrezca al trabajador una menor protección que el ordenamiento objetivamente aplicable. Y ello porque en el ámbito del contrato de trabajo no existe una verdadera paridad en las condiciones de contratación, dada la desigualdad fáctica de las partes que a ella concurren¹⁴.

20. En el supuesto que analizamos, la empresa contratante codemandada junto con Ryanair defendía la aplicación del ordenamiento irlandés al contrato de trabajo, como consecuencia de la designación de ley incluida en la cláusula contractual antes transcrita, invocando como sustento jurídico para su validez la consagración de la autonomía de la voluntad recogida en el artículo 8.1 del Reglamento Roma I. Pero ello, sin ofrecer mayor argumentación y sin absoluta convicción, toda vez que seguidamente invoca la procedencia del despido disciplinario sobre la base del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores por aplicación indebida del artículo 43 del mismo texto legal.

21. La invocación de la ley irlandesa como *lex contractus* es rechazada con contundencia por el TSJ, que remite en este punto a una decisión judicial anterior, la STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2015¹⁵, que recoge la doctrina que justifica la inaplicación de la ley inicialmente designada en el contrato de trabajo. Dicha decisión abordó un supuesto muy similar al presente: el despido de un trabajador extranjero con permiso de residencia y domicilio en España, contratado por empresa con domicilio en Irlanda, para prestar servicios como tripulante de cabina de pasajeros a bordo de aeronaves con pabellón irlandés, y con base en el aeropuerto de Gerona. Pese a la existencia de una cláusula de elección de la ley irlandesa en el contrato, el Tribunal dictaminó que éste debía regirse por la ley española, como ley del país donde el trabajador prestaba sus servicios con más habitualidad y donde se situaba el establecimiento o base al que había sido adscrito. Sobre estas consideraciones fundamenta el TSJ de Cataluña su determinación de la ley aplicable, toda vez que siendo España el país de prestación de los servicios, procede tanto la aplicación del principio de territorialidad, como del mecanismo previsto en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I.

22. En la sentencia que ahora analizamos, el TSJ de Baleares acoge este razonamiento, declarando que la ley efectivamente aplicable al contrato de trabajo es la española, sobre la base del principio de territorialidad de la contratación y de los servicios prestados por la trabajadora actora en España, que ejerce *vis atractiva* de la normativa española respecto de la irlandesa. El Tribunal sustenta esta afirmación en un triple fundamento jurídico: el artículo 1 ET, el artículo 11 del Código Civil y el artículo 8 del Reglamento Roma I. A nuestro juicio, sólo el último precepto invocado sustenta realmente su valoración final sobre la ley que realmente regula el contrato de trabajo suscrito por la actora.

23. El artículo 1 ET delimita, el ámbito de aplicación de la legislación laboral española en los siguientes términos: “*Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. De su tenor literal debe deducirse, lógicamente, que el ámbito territorial de la norma es el Estado español, siendo así que la legislación laboral española regula las prestaciones de servicio realizadas en España. Pero en el ámbito del contrato internacional de trabajo, es frecuente la realización de prestaciones laborales en España en el marco de relaciones

¹³ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Revue critique de droit international privé*, t. 80, n° 2, avr.-juin 1991, p. 318.

¹⁴ En este punto, resulta obligado continuar haciendo referencia al esencial estudio abordado por E. ZABALO ESCUDERO, en *El contrato de trabajo en el Derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1983, donde la autora refleja la polémica doctrinal en torno al criterio de la autonomía individual como punto de conexión de la norma de conflicto, polémica donde se llega a cuestionar la validez de dicho criterio, negándola con base a la excesiva desprotección en que deja al trabajador (pp. 77 y ss.).

¹⁵ AS\2016\365.

contractuales sometidas a otros ordenamientos. En consecuencia, dichos contratos de trabajo quedan *a priori* excluidos del ámbito material proclamado por el artículo 1 ET.

24. En este sentido, el precepto que consagra rigurosamente el principio de territorialidad en nuestro ordenamiento es el artículo 8 del Código Civil, al disponer que “*Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”. El precepto consagra así la aplicación imperativa de determinadas normas en función del principio de territorialidad, de forma que quedan obligados por ellas todos los que se encuentren en territorio español, con independencia de cuál sea la ley que regule sus concretas relaciones privadas internacionales. Lógicamente, la aplicación de este mandato tiene carácter restrictivo, ciñéndose a las normas que un Estado considera de obligado cumplimiento. En el caso de la legislación laboral, gran parte de su contenido se integra en esta territorialidad imperativa, de forma que, aunque el contrato de trabajo esté sometido a una ley extranjera, la prestación laboral desarrollada en España deberá observar las disposiciones españolas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, condiciones mínimas de trabajo, regulación del despido, las relativas al empleo, colocación, promoción social, etc.

25. Ciertamente, el principio de territorialidad ha sido invocado y aplicado por los tribunales españoles en supuestos de contrato de trabajo internacional, pero sobre la base de un hecho fáctico e incuestionable: la prestación efectiva de los servicios en territorio español¹⁶. En el presente caso, esta circunstancia no es pacífica, dadas las reservas que tanto la jurisprudencia comunitaria como la española han manifestado ya sobre ese punto. Aunque en el sector de la competencia judicial internacional, la citada STJUE de 14 de septiembre de 2017 se manifestó ya en contra de la identificación del concepto de “*lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo*” [en este caso el recogido en el artículo 19.2.a) Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre] con el concepto de “base” contenido en el anexo III del Reglamento 3922/91, de 16 de diciembre, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil¹⁷. En la OPS (Operación de Vuelo) 1.1095, dicho anexo III define la “base” como el “*lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante*”.

26. En esencia, el TJUE rechaza esta asimilación conceptual por dos motivos: la falta de remisión específica de la normativa comunitaria sobre competencia judicial internacional al Reglamento 3922/91 -algo que también ocurre con la normativa comunitaria sobre conflicto de leyes-, y la ausencia de identidad en cuanto a la finalidad de ambas normas¹⁸. No obstante lo cual, sí reconoce el TJUE la relevancia del concepto de base de cara a la determinación efectiva del lugar a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo¹⁹. A partir de aquí, entra en juego la doctrina judicial comunitaria que establece que la concreción del ‘lugar de desempeño habitual del trabajo’ debe basarse en un método indiciario, como reflejo más fiel de la realidad de las relaciones jurídicas²⁰ y mecanismo para prevenir la

¹⁶ STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016\13999), STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2014 (AS 2014\2229).

¹⁷ DO L núm. 373, de 31 de diciembre de 1991.

¹⁸ Así, sostiene el Tribunal que además de que el Reglamento 1215/2012 no se remite a la definición legal de base objeto de la cuestión prejudicial, tampoco “*persigue los mismos objetivos*”, puesto que la finalidad del Reglamento 3922/91 es armonizar las normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil (Fundamento Jurídico 66).

¹⁹ STUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia*, cit. (apartados 44 y 46). Como señala M.C. VAQUERO, si algo clarifica la STJUE de 14 de septiembre de 2017 es la confirmación del carácter residual del lugar donde esté situado el establecimiento del empleador y la negación de toda virtualidad jurídica a la nacionalidad de las aeronaves (“La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional: (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16: Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company), *La Ley. Unión Europea*, 2017, núm. 54, p. 6).

²⁰ Sentencia de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Heiko Koelzsch c. État du Grand Ducado de Luxembourg*, apartado 48 (ECLI:EU:C:2011:151).

elusión de obligaciones legales²¹. Este sistema trata de determinar los elementos característicos de cada actividad laboral, que en el caso de las relaciones laborales en el sector del transporte requiere tener en cuenta datos como el lugar a partir del cual se desempeña el trabajo, el lugar a donde se regresa una vez finalizado éste, el lugar donde se reciben las instrucciones sobre las misiones y se organiza el trabajo, y el lugar donde se encuentran las herramientas de trabajo²². A tales elementos debe añadirse además el lugar donde estén estacionados los aviones a bordo de los cuales se desempeña habitualmente el trabajo. En este elenco de indicios, el concepto de ‘base’ analizado constituye tan solo una circunstancia más a valorar en la búsqueda del lugar real de prestación de los servicios, que en modo alguno puede ser directa y automáticamente equiparado a dicho lugar²³.

27. En el recurso resuelto por el TSJ de Baleares, éste no se plantea en ningún momento que el lugar de prestación de los servicios sea otro que España, pero no detalla cuáles son los elementos o indicios que le llevan a extraer tal conclusión, más allá de afirmar taxativa y lacónicamente que «el actor realiza el trabajo con más habitualidad». Una circunstancia que no cabe sino lamentar, porque dado que la concreción del lugar efectivo de trabajo en supuestos como el presente queda hoy por hoy en manos de la determinación judicial, conocer los elementos valorativos del TSJ en este caso hubiera contribuido a perfilar más esta labor de valoración y otorgarle una mayor seguridad jurídica. Consecuencia que resulta nada desdeñable desde la óptica del ya subrayado principio de previsibilidad de soluciones que tradicionalmente ha inspirado la normativa comunitaria de derecho internacional privado que regula el contrato internacional de trabajo.

28. Junto a los anteriores preceptos, el Tribunal invoca también como sustento del principio de territorialidad el artículo 11 del Código Civil, siendo así que este precepto recoge la norma de conflicto española en materia de forma de los actos jurídicos. En este caso, estamos ante una norma de conflicto materialmente orientada, que trata de garantizar -o al menos, facilitar- la validez formal de los actos, ofreciendo un amplio elenco de ordenamientos en los que buscar dicha validez. Pero precisamente esta amplitud de la norma en cuanto a los criterios de designación de ley rectora de la forma de los actos jurídicos es lo opuesto al principio de territorialidad, puesto que, si aquella abre un elenco de ordenamientos eventualmente aplicables, éste determina la aplicación de la ley española como única opción posible en determinados supuestos.

29. Como último soporte jurídico, el TSJ de Baleares acude al artículo 8 del Reglamento Roma I para justificar la modificación de la ley rectora del contrato de trabajo, inicialmente estipulada a favor de la ley irlandesa. Entre las diversas posibilidades, ya enumeradas, que ofrece este precepto para determinar la *lex contractus*, no concreta el órgano judicial a cuál de ellas se acoge para alterar el régimen legal del contrato de trabajo. Sí deja claro, por el contrario, que la finalidad de dicha alteración es la aplicación al trabajador de una normativa que le resulta más favorable en materia de extinción contractual. Correlativamente, afirma el Tribunal que el ordenamiento español resulta aplicable en sustitución del irlandés por su carácter imperativo y de derecho necesario. Parece, por tanto, incuestionable que la entrada del derecho laboral español deriva de la conjunción de dos factores: su favorabilidad para la trabajadora y su carácter imperativo. Se plantea así la cuestión de tratar de determinar dónde encajan dichos factores en el sistema conflictual recogido en el artículo 8 del Reglamento Roma I.

30. Como ya se ha señalado, el TSJ no especifica esta cuestión, limitándose a enumerar las posibilidades que ofrecen los distintos apartados del precepto, pero sin decantarse concretamente por

²¹ Sentencia de 27 de octubre de 2016, asunto C-290/15, *Patrice D’Oultremont y otros c. Région wallonne*, apartado 48 y jurisprudencia citada (EU:C:2016:816).

²² Sentencias de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, *Koelzsch*, cit., apartado 49; y de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, apartados 38 a 41 (EU:C:2011:842).

²³ Una detallada exposición y análisis de los índices habitualmente empleados por la jurisprudencia europea a estos efectos puede verse en J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 488-496.

ninguna de ellas. Y es que varias parecen estar en su razonamiento cuando justifica la aplicación de la ley española de la siguiente forma: “*siendo la que correspondería aplicar en caso de conflicto en defecto de ley elegida por las partes según los apartados 2 y 3 del artículo 8, por ser la del país en el que (...) el actor realiza el trabajo con más habitualidad, y en su defecto, en el que está situado el establecimiento o base al que está adscrito, no resultando del conjunto de circunstancias enjuiciadas que el contrato entre las partes presente vínculos más estrechos con Irlanda, que permitiesen, ex artículo 8.4 del citado Reglamento, la aplicación de la Ley irlandesa*”.

31. Pero lo cierto e incontrovertido es que el contrato sí incluía una cláusula de elección de ley, por lo que difícilmente puede darse entrada a los mecanismos contenidos en los apartados 2 y 3 del artículo 8, cuyo supuesto de hecho exige la ausencia de elección de ley. Sólo a falta de dicha designación puede operar la norma de conflicto subsidiaria, que utiliza como punto de conexión el lugar de prestación habitual del trabajo (apartado 2). Y sólo ante la imposibilidad de determinar dicho lugar entra en juego la norma de conflicto adicional, que establece como punto de conexión el país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

Ninguna de ambas opciones tiene cabida aquí ante la presencia del pacto de elección de ley, que limita a dos las posibilidades de modificar -total o parcialmente- el ordenamiento inicialmente elegido por las partes. La primera viene recogida en el apartado 1 del artículo 8, que más que una alteración de la *lex contractus* designada por las partes, consagra una limitación a su ámbito de aplicación de la ley designada. Así, establece la norma que la ley elegida *ex* autonomía de la voluntad no podrá privar al trabajador de la protección que le otorguen las disposiciones imperativas de la ley que hubiera resultado aplicable en virtud de los apartados 2, 3 y 4 de la misma norma. El Reglamento Roma I establece así en todo caso una sustitución parcial del ordenamiento jurídico designado, cuya aplicación se ve mediata por la imposición de determinadas disposiciones imperativas contenidas en otra ley: la del país de prestación habitual de los servicios, la del lugar donde radique el establecimiento contratante, o la del lugar con el que la relación laboral presente los vínculos más estrechos.

32. Parece que el TSJ de Baleares se decanta por la primera opción, al considerar fuera de toda duda que es España el lugar donde la trabajadora realizaba su prestación habitual. Esta determinación suscita la incertidumbre ya expuesta sobre la justificación de la designación del *loci laboris* en los supuestos de trabajadores al servicio de aerolíneas. Ante el silencio del Tribunal en este punto, cabe elucubrar que haya llegado a esta conclusión al considerar que es España el lugar “a partir del cual” realizaba su trabajo habitual la demandante, habida cuenta de su residencia en Pollença y su adscripción al aeropuerto de Palma de Mallorca. Ésta parece la deducción más lógica, toda vez que no cabe afirmar taxativamente que la prestación se realice habitualmente en un único Estado, siendo así que la gran parte del trabajo se realiza a bordo de la aeronave y en los respectivos aeropuertos de destino. Nada aclara, insistimos, el TSJ en este punto, y su silencio se extiende a la falta de eficacia que otorga a la cláusula que en el contrato designa la República de Irlanda como lugar de cumplimiento de la prestación laboral, que se limita a reproducir en el Antecedente de Hecho Primero para ignorarla a lo largo de su resolución²⁴.

33. Junto a la anterior, quedaría en el artículo 8 del Reglamento Roma I una posible vía para reconducir la regulación del contrato de trabajo al ordenamiento español: la cláusula de escape contenida en su apartado 4. Conforme a la cual, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país. En el presente caso, cabría plantearse si el Tribunal llegó a la aplicación del Estatuto de los Trabajadores por este camino, pero la respuesta sólo puede ser negativa si atendemos a dos consideraciones. La primera, la ya reiterada convicción del órgano judicial sobre el lugar de prestación habitual de los servicios: siendo éste, a su juicio, el territorio español, no es necesario ya activar la cláu-

²⁴ Incluida como cláusula 7 del contrato, bajo el título «Lugar de trabajo» la estipulación dice así: “*Como el avión del Cliente está registrado en la República de Irlanda y como cumplirás con tus obligaciones en este avión, tu empleo está basado en la República de Irlanda*”.

sula de escape. La segunda, que el Tribunal considera la cláusula del apartado 4 sería, en todo caso, un mecanismo para dar entrada a la legislación de Irlanda, siempre que se probase que el contrato presenta vínculos más estrechos con dicho país. Con esta valoración, realiza el TSJ una paradójica inversión de la cláusula de escape, que inicialmente prevista para no aplicar la ley designada por las partes, llevaría en este caso justamente a la aplicación de tal ley.

IV. La declarada existencia de cesión ilegal de trabajadores.

34. Como consecuencia de la ya vista «reconducción» judicial al ordenamiento laboral español como ley rectora del contrato de trabajo, además de la consideración de la improcedencia del despido de la trabajadora, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ declararon la existencia de cesión ilegal de trabajadores en el contrato de trabajo objeto del proceso, de conformidad con la regulación del Estatuto de los Trabajadores en la materia²⁵. Una decisión que resultaba previsible, por tratarse de una práctica laboral arraigada en este ámbito, pues la aerolínea Ryanair se surte habitualmente de trabajadores a través de diversas empresas proveedoras de mano de obra: Crewlink Ireland Limited²⁶, Workforce International Contractors Limited²⁷ -codemandada en el presente litigio-, Brookfield Aviation²⁸ y McGinley Aviation²⁹.

35. La actividad que estas empresas de contratación realizan para Ryanair es similar a las que llevan a cabo las empresas de trabajo temporal en España³⁰ y ostentan la posición de codemandadas en los litigios entre la primera y sus trabajadores. Las dos primeras realizan el reclutamiento de trabajadores con la categoría de tripulantes de cabina de pasajeros y pilotos, mientras que las dos segundas se centran en la provisión de servicios de pilotaje para Ryanair. En ese punto, la aerolínea irlandesa se distingue de otras compañías aéreas, que contratan directamente a su personal de vuelo.

36. No opera así Ryanair, que se surte de trabajadores mediante la intermediación de las citadas compañías, que además condicionan la duración del contrato de trabajo a la vigencia de la relación contractual entre las empresas proveedoras de trabajo con la compañía aérea. Existiendo ya precedentes³¹, en el presente caso esta práctica quedaba patente en el propio contrato de trabajo, que incluía en su clausulado la siguiente disposición: *«Esta posición [la contratación de la trabajadora por un período de tres años] está sometida en todo caso a que la Compañía mantenga en vigor su contrato con Ryanair Limited para el suministro de Personal de Cabina por Temporada. En el caso de que la Compañía pierda el contrato para la provisión de personal de cabina este contrato quedará resuelto automáticamente».*

²⁵ Un supuesto prácticamente idéntico resolvió la Sentencia núm. 303/2018 del Juzgado de lo Social nº 6 de Santa Cruz de Tenerife (JUR 2018\261429), declarando también la existencia de cesión ilegal de trabajadores, tras un pormenorizado análisis de las circunstancias de la contratación del trabajador y el alcance de las funciones asumidas en la práctica por las distintas empresas intervinientes.

²⁶ La mercantil *Crewlink Ireland Limited* es una compañía de nacionalidad irlandesa, con domicilio social en Wicklow (Irlanda). Constituida el 5 de junio de 2008 como agencia de reclutamiento y empleo (*“recruitment and employment agency”*), su objeto social incluye también la formación de la tripulación de cabina para el sector de líneas aéreas (*cf.* STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2018).

²⁷ *Workforce International Contractors Limited* es una sociedad irlandesa domiciliada en Dublín, constituida en 1984 como parte del grupo *Dalmac Recruitment & Aviation*. En marzo de 2004 se establece como sociedad independiente y comienza a prestar servicios como agencia de empleo para Ryanair (*cf.* STS 30 diciembre 2013).

²⁸ Constituida en 1993 y con domicilio en Epsom (Reino Unido), *Brookfield Aviation* es la principal proveedora de pilotos al servicio de Ryanair, operando como empresa mediadora, de forma que no se produce la contratación directa con la compañía aérea. Realiza también labores de provisión de personal para multitud de aerolíneas en todo el mundo (www.brookfieldav.com).

²⁹ *McGinley Aviation* es una sociedad constituida en 2009 y domiciliada en Hampshire (Reino Unido), que provee de personal a treinta compañías aéreas, además de prestar servicios en tierra y de mantenimiento de aeronaves (www.mcginleyaviation.com).

³⁰ STSJ Cataluña de 25 de junio de 2015 (AS\2016\365).

³¹ *Vid.*, por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana de 9 de enero de 2018 (JUR\2018\115917).

A mayor abundamiento, la cláusula precedente establecía: «*Estarás empleado por la Compañía y contratado por Ryanair Limited (“el Cliente”)*».

37. En el ordenamiento laboral español, la cesión de trabajadores constituye una figura prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores³², que la somete a determinadas restricciones legales³³. Asimismo, el precepto califica de cesión ilegal toda práctica que incurra en alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

38. Sobre esta regulación de base, la jurisprudencia española viene considerando que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la actividad de la empresa se limita a suministrar mano de obra o fuerza de trabajo para el desarrollo de un servicio se está en un supuesto de cesión ilegal³⁴. A esta conclusión llega en aplicación de los criterios acuñados por el Tribunal Supremo³⁵, conforme a los cuales, existe cesión ilegal, aun cuando la empresa adjudicataria tuviese una actividad y organización propia, no siendo ficticia, si esta organización empresarial no se pone en juego, limitando su actividad al suministro de fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio concebido y puesto en práctica por la empresa contratante. En consecuencia, estamos ante un supuesto de cesión ilegal cuando en el desarrollo de los trabajos la empresa no pone en juego su organización salvo en el único aspecto de suscribir los contratos, pagar las nóminas, y la Seguridad Social.

39. En esta línea, la jurisprudencia ha proclamado que existe cesión ilegal de trabajadores cuando en la prestación de servicios no se pone en juego la organización y medios propios, limitándose la actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo para el desarrollo del servicio. Por el contrario, estamos ante una contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables y mantiene a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección. Y ha declarado que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de «pseudcontrata» o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo³⁶, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita³⁷.

40. En el caso que nos ocupa, la consideración previa del Tribunal sobre la aplicabilidad del ordenamiento laboral español al contrato de trabajo permite dar entrada a dicha interpretación judicial. Aplicada al supuesto de hecho, lo lleva a declarar la concurrencia de cesión ilegal, conclusión que sustenta sobre diversos argumentos. Así, indica el TSJ que aun teniendo la empresa de provisión de personal una actividad social específica, resultaba acreditado que los trabajadores contratados por ella habían pasado a formar parte del círculo de la actividad empresarial realizada por la empresa cesionaria, lo que a su juicio permite dar entrada al mecanismo legal contenido en el artículo 43 ET. Destaca el Tribunal el hecho de que la empresa cesionaria acude a la empresa «que realmente facilita el empleo, que intermedia para la provisión de un personal que ineludiblemente necesita el servicio de la compañía aérea».

³² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

³³ Artículo 43. “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan”.

³⁴ SSTs de 17 de enero de 1991 (RJ 1991\58), de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\8152), y de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\195578); SSTSJ Cataluña de 6 de junio de 2006 (AS 2006\2986) y de 25 de junio de 2014 (AS 2014\2229).

³⁵ Sentencia de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352).

³⁶ SSTs de 11 de julio 1986 (RJ 1986\4026), de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5688), de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\7586), de 18 de marzo de 1998 (RJ 1994\2548), y de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315).

³⁷ SSTs de 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6875) y de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352).

41. Correlativamente, es la compañía aérea la que define el destino de los trabajadores en función de los vuelos programados, sometiéndolos a su ámbito de organización y dirigiendo su prestación profesional de servicios. Todo lo cual viene confirmado por el tenor literal del contrato de trabajo, que recoge expresamente la prestación de servicios para la compañía aérea, indicando que es a dicha empresa a la que la trabajadora debe reportar sobre el vuelo e informar en caso de ausencia. Y ello, junto con otras obligaciones, como la de utilizar el uniforme de la aerolínea, cumplir sus normas y procedimientos de funcionamiento, devolver las propiedades de la compañía aérea, seguir el manual de operaciones, etc. Circunstancias que llevan a la instancia superior a confirmar indubitablemente la sentencia de instancia en cuanto a su declaración de existencia de una cesión ilegal de trabajadores. Y a subrayar el elocuente silencio que la aerolínea mantiene sobre este punto: «*Resulta significativo en atención a este motivo sobre la cesión ilegal que recae en la empresa Ryanair que la misma no haya interpuesto recurso de suplicación en contra de esta cesión ilegal que comporta su responsabilidad solidaria*»³⁸.

V. Conclusión: la eficacia tuitiva del Reglamento Roma I en el ámbito de contrato individual de trabajo

42. La conclusión del Tribunal es clara: aplicación de la ley española. Los motivos, también: imperatividad y mayor favorabilidad para el trabajador. El camino, más difuso: baraja todas las opciones previstas por el artículo 8 del Reglamento Roma I, sin decantarse claramente por ninguna de ellas. Esta indeterminación puede constituir un indicio de las carencias que, respecto de relaciones laborales como la presente, lastran el sistema comunitario de designación de la ley aplicable al contrato de trabajo desde la perspectiva de la protección del trabajador.

43. En esencia, este sistema conflictual se asienta sobre un elemento que en la relación laboral de los trabajadores al servicio de compañías aéreas resulta difícil de determinar: el lugar habitual de prestación de los servicios. En el presente caso, el TSJ solventa la cuestión estableciendo como premisa de su razonamiento jurídico que era España dicho lugar de trabajo habitual, pero sin evidenciar los indicios que -según la jurisprudencia comunitaria- deben acompañar a dicha conclusión. Sin embargo, su conclusión sobre este punto no parece ser indubitada, toda vez que al desgranar el camino que le conduce a la determinación de la legislación laboral española como *lex contractus*, enumera todas las conexiones de la norma de conflicto del artículo 8, pero no individualiza cuál de ellas implica la modificación efectiva de la ley contractual inicialmente fijada por las partes.

44. Correlativamente, el Reglamento Roma I ofrece otra vía que hubiera permitido dar entrada a la legislación laboral española: su artículo 9, que determina la aplicación de las leyes de policía del foro, con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato de trabajo. La finalidad es garantizar la aplicación al contrato de trabajo de un *standard* mínimo de protección, configurado por un ‘núcleo duro’ de normas de protección mínima, que no pueden ser eludidas por la aplicación al contrato de un ordenamiento distinto, ya venga éste designado por la autonomía de la voluntad conflictual de las partes o de forma objetiva por las normas de conflicto del Reglamento. En última instancia, no siendo la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles un aspecto siquiera discutido en el proceso, el mecanismo del artículo 9 hubiera permitido al Tribunal llegar a la misma conclusión, acaso a través de una vía menos incierta que la utilizada en su sentencia.

45. En cualquier caso, lo que sí resulta claro es que, pese a sus carencias, el Reglamento Roma I ofrece a los tribunales opciones para ejercer una efectiva tutela sobre los derechos de los trabajadores, mediante el amplio margen de apreciación que les otorga a la hora de determinar la *lex contractus*, una circunstancia que si bien ha sido criticada desde el punto de vista de la previsibilidad normativa, presenta una innegable utilidad en supuestos como el presente. Además del referido artículo 9, la norma de

³⁸ Fundamento de Derecho Tercero.

conflicto contenida en el artículo 8 ofrece ciertamente, como hemos visto, diversas vías para localizar el ordenamiento más favorable a los intereses del trabajador, y la sentencia analizada permite atisbar su aplicación en este caso. Por tanto, pese a la complejidad interpretativa que conlleva la designación del lugar de prestación habitual de los servicios en el marco del Reglamento Roma I, cabe afirmar su eficacia como herramienta tuitiva del trabajador.

LOS NUDOS PROBLEMÁTICOS Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CASOS SELECCIONADOS

CRUX OF THE PROBLEMS AND THE TEACHING OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. SELECTED CASES

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Doctora en Derecho

Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia

Miembro de la Red Europa-España de Derecho internacional privado

ORCID ID: 0000-0002-8334-8760

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6713>

Resumen: El presente trabajo constituye una reflexión sobre la utilización de los nudos problemáticos en la enseñanza del Derecho internacional privado en la actualidad. La exposición clara, directa y sencilla de las cuestiones problemáticas más relevantes del Derecho internacional privado hace que el entendimiento de la asignatura sea mejor por parte del alumnado. En este trabajo se realiza una selección de algunos de los nudos problemáticos que se transmiten en el aula. La exposición y solución de los mismos consigue atraer y motivar al alumnado, y consigue potenciar también su capacidad de argumentación jurídica. Ofreciendo el docente una visión práctica de las soluciones justas que se alcanzan aplicando las normas de Derecho internacional privado.

Palabras clave: nudos problemáticos, innovación, docencia, consumidores, trabajadores, elección de ley, instituciones jurídicas.

Abstract: This paper is a reflection on the use of problem nodes in the teaching of private international law today. The clear, direct and simple exposition of the most relevant problematic issues of private international law makes the understanding of the subject better for the students. In this work a selection is made of some of the problem nodes that are transmitted in the classroom. The exposition and solution of them manages to attract and motivate the students, and also manages to enhance their capacity for legal argumentation. Offering the teacher a practical vision of the just solutions achieved by applying the rules of private international law.

Keywords: crux of the problems, innovation, teaching, consumers, workers, choice of Law, legal institutions.

* Este trabajo se enmarca en las actividades propias de los siguientes Proyectos y Grupos de investigación e innovación docente en Derecho internacional privado: - 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/>. - Grupo de Innovación Docente GID 22 "Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa" de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa). - Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 "Derecho internacional privado europeo" (IP Javier Carrascosa). - Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa) (<http://www.redespañaeuropa.es/>). - Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com) (www.accursio.com/www.facebook.com/accursioDIP).

Sumario: II. Enseñanzas de Derecho internacional privado a través de los nudos problemáticos. 1. La labor del docente de Derecho internacional privado. 2. Los nudos problemáticos y su función en la enseñanza del Derecho internacional privado. II. Selección de nudos problemáticos para la explicación del Derecho internacional privado. 1. La doctrina del *forum non conveniens*: inaplicable con la legislación europea. 2. Reestructuración de la norma de conflicto en las obligaciones contractuales. 3. La Ley aplicable a los contratos de consumo y trabajo, arts. 6 y 8 del Reglamento Roma I. La determinación de la regla a interpretar de modo expansivo. 4. El vacío legal ante determinados casos de sustracción internacional de menores. III. Reflexión final.

I. Enseñanzas de Derecho internacional privado a través de los nudos problemáticos.

1. La labor del docente de Derecho internacional privado

1. La labor que enfrentan los docentes que imparten la asignatura de Derecho internacional privado es fascinante, por la materia misma que manejan: actual, práctica, interesante, y a la misma vez comporta el reto de atraer la atención del estudiantado para que conozcan a través de las enseñanzas que se imparten, la ley, la jurisprudencia y la mejor doctrina en la materia. La combinación de estas cuestiones hace que las lecciones adquieran un matiz teórico-práctico que demuestra la gran aplicación que se observa en la realidad de lo que estudian en las aulas.

2. Los recursos a los que pueden acudir los docentes de Derecho internacional privado son variados, como se observará en este trabajo, la legislación de carácter europeo es cada vez mayor, la jurisprudencia que emana de la interpretación y aplicación de esas normas es enorme, y la mejor doctrina plantea soluciones a los casos más complejos que nos trae la realidad basadas en esa legislación y esa jurisprudencia. En muchos casos, anticipándose a la problemática y a la posible solución y ofreciendo vías a las que acudir para solventar las mismas.

3. La óptima enseñanza del Derecho internacional privado, por lo tanto, requiere que el docente conozca con profundidad el programa de la asignatura, que tenga interiorizado qué es el Derecho internacional privado, cuáles son sus fuentes de producción jurídica, cuáles son sus objetivos y cuál es su función. En definitiva, el buen docente de esta materia debe tener muy claro 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.

2. Los nudos problemáticos y su función en la enseñanza del Derecho internacional privado.

4. La reflexión que el docente de Derecho internacional privado debe hacer en relación con los nudos problemáticos es fundamental en su enseñanza, evidentemente, esa reflexión se debe realizar de forma previa. La transmisión de esas reflexiones, una vez se ha pensado lo estudiado, se ha debatido jurídicamente sobre cuestiones de Derecho internacional privado, es un *plus* en esas lecciones. Con el estudio y solución de esos nudos problemáticos no solo se transmiten conocimientos legales también se transmiten esas cuidadosas reflexiones jurídicas, aplicadas a cuestiones reales. Se potencia el arte de la argumentación en Derecho internacional privado en el estudiantado y si esa transmisión es clara y precisa el alumnado adquiere competencias que le servirán para aumentar su potencial como operador jurídico¹.

5. En este trabajo se realiza una selección de diversos nudos problemáticos que se explican en la enseñanza del Derecho internacional privado. En muchas ocasiones, esos nudos problemáticos se plantean a través de casos extraídos de la realidad, de películas, obras de arte, etc. Planteando todas estas cuestiones de un modo novedoso, sugestivo y práctico. En concreto, se plantean en este trabajo las

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos". Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2), 2021, pp. 675-692.

cuestiones relativas a la posibilidad de elección de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, las cuestiones de protección que se pueden ofrecer a un consumidor a través de la legislación europea, la cuestión de cómo se pueden explicar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro entorno jurídico, o incluso cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción. Es éste, el de los nudos problemáticos, un campo muy fértil y casi inagotable de cuestiones para tratar y aproximar a los estudiantes de Derecho internacional privado, al que siempre podrá acudir el buen docente para hacer de sus clases poderosas armas de transmisión del conocimiento y mejora de la argumentación jurídica.

6. Antes de observar pormenorizadamente los nudos problemáticos seleccionados, es muy conveniente exponer que en torno a estas cuestiones no se presenta una verdad absoluta e inmutable, en muchas ocasiones se pueden observar diversas opiniones o argumentaciones en relación a los mismos, la transmisión del carácter abierto de estas cuestiones es fundamental, el mundo es enorme, y los aspectos jurídicos son muy variados dependiendo de la legislación estatal que apliquemos, de la interpretación jurisprudencial que se pueda extraer de la aplicación de esas normas, son muchas las opciones de pensamiento que podemos encontrar. Pero la pregunta clave es: ¿Qué opción vencerá? La respuesta es clara: vencerá la opción mejor argumentada y fundada en Derecho. Este es un fascinante desafío que se debe transmitir al alumnado de Derecho, como futuros operadores jurídicos deberán de enfrentar la compleja y ardua labor de argumentar y fundamentar bien sus pretensiones para obtener óptimos resultados con su trabajo². De este modo, se enfrentan los problemas jurídicos que pueden surgir en esta materia, por lo que se puede afirmar sin ningún género de duda que el Derecho internacional privado enfrenta los problemas y no los evita³.

II. Selección de nudos problemáticos para la explicación del Derecho internacional privado

1. La doctrina del *forum non conveniens*: inaplicable con la legislación europea.

7. El origen de la doctrina del *forum non conveniens* se encuentra en la jurisprudencia de la Corte de Escocia, y actualmente, está muy interiorizada en los ordenamientos jurídicos que continúan la tradición jurídica del *common law*. Entre esos Estados se encuentran los siguientes: Reino Unido, Canadá, Australia, EE.UU., entre otros. La Corte Suprema de los EE.UU. ya estableció en el año 1947 al dar solución al caso “Gulf Oil v. Gilbert”, la Suprema Corte que “*en el derecho de los Estados Unidos, una corte competente no tiene siempre la obligación de resolver una controversia presentada ante ella*”.⁴ El *forum non conveniens* es una institución propia del Derecho anglosajón en virtud de la cual, un juez anglosajón, aun cuando disponga de un concreto «foro de competencia judicial internacional», puede «rechazar» su competencia judicial internacional porque estima que el caso está escasamente vinculado con su país y que los tribunales de otro país están «mejor situados» para conocer del caso.⁵

8. En la precitada sentencia estadounidense, “Gulf Oil v. Gilbert”, se establecieron los principios sobre los que se basa la doctrina del *forum non conveniens*: a) la ponderación del tribunal para desestimar una demanda; b) la atención al foro elegido por el actor; c) la consideración de intereses públicos (como

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 2021, pp. 687-688.

³ 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.2004.030000006?scroll=top&needAccess=true>. Extraído del trabajo del prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Enseñanza motivada del derecho internacional privado en el siglo XXI: ethos, pathos y logos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 2021, p. 675-692.

⁴ “Gulf Oil v. Gilbert” 330 US 501 (1947). Link a la sentencia completa: <https://es.scribd.com/document/269548863/Gulf-Oil-Corp-v-Gilbert-330-U-S-501-1947-docx>

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 740.

por ejemplo: dificultades administrativas, el interés público de que los asuntos nacionales se resuelvan en el Estado en el que se han producido y el imponer la carga de actuar como jurado a personas que no tienen contacto con el asunto, ni el asunto tiene contacto con su país) y de intereses privados (como por ejemplo, la práctica de las pruebas, la posibilidad de acceso a la prueba; la localización de testigos y la facilidad en la ejecución de la sentencia), y d) la concurrencia de foros para evitar una denegación de justicia.

9. Ahora bien, en muchos casos se ha observado que es necesario que el tribunal esté seguro de que otro tribunal es competente y que aceptará conocer del caso, porque de lo contrario se correría el riesgo de una denegación de justicia. Este riesgo es real, ya que cada Estado es el que atribuye la competencia a sus órganos jurisdiccionales, un tercer Estado no puede interferir en esa potestad soberana.

10. Para explicar esta cuestión en las lecciones de Derecho internacional privado se suele recurrir a varios casos: el primero es el célebre caso *Owusu*⁶, que es un caso en el que se producen unos daños corporales a un sujeto nacional inglés y con domicilio en Inglaterra por el uso que hizo de unas instalaciones sitas en la casa de Jamaica que le alquila otro compatriota con domicilio en Inglaterra. Tras ese accidente el sujeto inglés decide demandar a su compatriota en Inglaterra, con arreglo a las normas de competencia judicial internacional de la normativa europea, en ese momento el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 229, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1). En este caso, el TJUE se pronuncia en su interpretación del art. 2 de ese instrumento normativo en el sentido de que el Convenio es de base legal, que no se puede utilizar por parte de los órganos judiciales de los Estados miembros el mecanismo del *forum non conveniens*, esto significa, que si los órganos judiciales son competentes en virtud del Convenio, ahora Reglamento Bruselas I bis, deben de conocer sí o sí del caso si son competentes, no pueden utilizar los mecanismos jurídicos nacionales que podrían hacer que conociesen otros tribunales⁷.

11. Otro caso que se explica es el de la gran película “La dama de oro”, en la misma se observa la resolución de un caso de Derecho internacional privado: la restitución a su legítima propietaria de una obra de arte que fue expoliada por los nazis. Al hilo de esta película se puede considerar que uno de los argumentos que utilizó el gobierno austríaco, fue que hizo valer ante el tribunal de los EE. UU. esa doctrina del *forum non conveniens*. De hecho, en el caso “*Altmann v. Austria*”, la estrategia del gobierno austríaco fue argumentar que el caso que dirimía el tribunal era interno y que, por consiguiente, los tribunales estadounidenses no tenían competencia alguna. Sin embargo, la residencia habitual de la actora, y adicionalmente la actividad comercial del Belvedere en EE.UU. como se explica en este trabajo⁸, constituyeron los puntos de conexión mínimos para que conociese el tribunal.

12. También se trae a colación un interesantísimo caso cuando se explica cuando opera este mecanismo jurídico, *forum non conveniens*, el caso del accidente aéreo del Lago de Constanza. En este caso, finalmente, termina conociendo y aportando una justa solución el Tribunal Supremo español, a pesar, de estar conectados siete países con este caso. El *forum non conveniens* hizo que el tribunal de New Jersey en los EE. UU. determinase que el tribunal español estaba mejor situado para conocer de este asunto. Se interpuso la demanda ante el tribunal de Primera Instancia de Barcelona y el demandante contestó a esa demanda, realizando de ese modo una sumisión tácita, que se contempla en el art. 26 del Reglamento Bruselas I bis. En relación a este caso, se puede consultar el siguiente trabajo⁹.

⁶ STJUE de 1 marzo 2005, asunto C-281/02. ECLI:EU:C:2005:120.

⁷ M. BANDERA, “La sentenza *Owusu*, il *forum non conveniens* e i conflitti di giurisdizione tra Stati membri e Stati terzi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007 p.1025-1052. P. FRANZINA, “Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale*, 2006 p.948-977.

⁸ I. LORENTE MARTÍNEZ, *La dama de oro. Cine, Derecho internacional privado y la propiedad de las obras de arte, Innovación docente y Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, pp. 63-87.

⁹ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Litigación internacional, forum non conveniens y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair, Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica*, coord. por Juan Ramón Robles Reyes, Aranzadi, 2015, pp. 115-128.

2. Reestructuración de la norma de conflicto en las obligaciones contractuales

13. A través de diversos casos prácticos, el buen docente de Derecho internacional privado puede conducir al alumnado a que comprenda la importancia de ordenar de forma correcta el contenido de los Reglamentos europeos que contienen normas de conflicto. En concreto, en materia de Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, que se determina con arreglo a lo que dispone el Reglamento (CE) 864/2007 de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante “Reglamento Roma II”. El orden aplicativo de los preceptos de dicho Reglamento se debe de respetar, pero no en el orden enumerado que aparece en dicha norma. Esto es, el art. 14 del Reglamento Roma II, debe aplicarse con preferencia al art. 4 de dicho Reglamento. La válida elección de ley de las partes, en virtud de ese art. 14 del Reglamento Roma II prevalece sobre el art. 4 de ese mismo instrumento legal.

14. Con estos casos de determinación de la legislación estatal aplicable a los supuestos de obligaciones extracontractuales, se observa que la conexión del art. 4 del Reglamento Roma II es subsidiaria respecto al art. 14 del mismo Reglamento. En el texto del instrumento legal europeo nada indica que esa reestructuración sea necesaria, y tampoco indica que la solución del párrafo segundo de ese art. 4 (se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual común de las partes implicadas prevalece sobre la del párrafo primero (ley estatal del *locus delicti commissi*). Por lo tanto, si hay una elección de ley válida, será aplicable ésta. En defecto de esa elección o si no es una elección válida, se aplicará la ley a la que nos conduce el art. 4.2 del Reglamento Roma II, que es la “conexión más poderosa”, ya que refleja una mayor proximidad y vinculación con el litigio, más que la que demuestra la conexión del art. 4.1 de dicho Reglamento¹⁰.

15. Con agudeza se transmite esa reflexión para que el alumnado, a través de casos que deberá resolver en aplicación de la legislación aplicable, sea capaz de comprender esta importante cuestión, de gran calado teórico y práctico, que le servirá para su futuro profesional.

3. La Ley aplicable a los contratos de consumo y trabajo, arts. 6 y 8 del Reglamento Roma I. La determinación de la regla a interpretar de modo expansivo.

16. La sutil diferenciación que el experto de Derecho internacional privado debe realizar en los casos en los que se ofrece una protección a lo que se pueden considerar partes débiles en el sector de la ley aplicable es fundamental, sobre todo en los casos de contratos concluidos por consumidores y trabajadores. El Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I” ofrece una solución a estos casos para determinar la ley aplicable, que a priori, puede parecer similar, pero en el fondo alberga ligeras diferencias en relación a la regla que debe de interpretarse de modo expansivo.

17. En los contratos de consumo, la regla que se debe observar es la que contiene el art. 6 del Reglamento Roma I: “1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.” Pero la clave en la reflexión sobre este artículo se observa en el párrafo segundo del art. 6 del Reglamento Roma I “2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas dispo-

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 171-172.

siciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.” La regla general a interpretar de modo expansivo es la de la aplicación de la Ley de la residencia habitual del consumidor¹¹. La ley elegida por las partes únicamente se aplicará si mejora la posición jurídica del consumidor con arreglo a la Ley del país de su residencia habitual¹².

18. Sin embargo, en los contratos individuales de trabajo, art. 8 del Reglamento Roma I, la perspectiva cambia en relación con la posibilidad de elección de ley y que sea este el Derecho estatal que se aplique a las cuestiones que se deben despejar en este ámbito. El *quid* se encuentra en el propio texto de la norma: “1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.” En estos casos la norma general será la aplicación de la ley elegida por las partes, es ésta la mejor conexión para la mayoría de los casos. Solo deberá matizarse esa elección si recoge condiciones peores para el trabajador que las que fijaría la *Lex Loci Laboris*.

19. La distinción entre el papel determinante que juega la elección de ley en los contratos internacionales de trabajo y la función secundaria que se observa en los contratos internacionales de consumo implica una profunda comprensión del sistema conflictual, que se puede observar y acercar al alumnado a través de casos prácticos.

4. El vacío legal ante determinados casos de sustracción internacional de menores

20. En concreto, al hilo de una reciente sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2021, el asunto C 603/20 PPU, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, Sala de Familia, Reino Unido), mediante resolución de 6 de noviembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de noviembre de 2020, se puede tratar esta cuestión y nudo problemático.

21. En el caso de la STJUE de 24 marzo de 2021 la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento Bruselas II bis. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el padre de una menor y la madre de esa menor, en relación con una demanda del padre por la que se solicita que se ordene la restitución de la menor al Reino Unido y que se resuelva sobre el derecho de visita.

22. Por lo tanto, se puede resumir del siguiente modo, los tres grandes supuestos que podemos encontrar en estos casos y las soluciones que se pueden aportar al respecto a el régimen jurídico de la sustracción de menores con destino a:

¹¹ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Comentario al art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias”, en S. CÁMARA LAPUENTE (DIRS.), *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, pp. 590-615.

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 172-173.

23. (a) Otro Estado miembro: se aplicará la normativa que contiene el RB II bis. Este instrumento legal internacional prevalece sobre el CH 25 octubre 1980. Por ejemplo, si uno de los progenitores traslada al menor a Irlanda, para solicitar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual anterior se aplicará el RB II bis. Tal como sucedió en el célebre y recordado caso de la Sra. Juana Rivas y el Sr. Francesco Arcuri. La señora más famosa de Maracena durante el verano de 2017... En la actualidad paseando en la ciudad granadina con una pulsera telemática para ir al supermercado o a la farmacia. Y sin ver crecer ni vivir con sus hijos, por lo sucedido en aquel verano que todos recordamos: “Juana está en mi casa”.

24. (b) Si el traslado es a un Estado parte en el CH 25 octubre 1980: se aplicará la normativa de dicho Convenio. Por ejemplo, si uno de los progenitores traslada al menor a Marruecos, Túnez, o Filipinas... para solicitar la restitución del menor al Estado de su residencia habitual anterior se aplicará el CH 25 octubre 1980. Siempre que ambos Estados (el Estado de la RH anterior del menor y el Estado al que ha sido trasladado el menor) sean participantes en dicho Convenio¹³.

25. El caso que llega al TJUE es el siguiente, los progenitores de la menor ambos nacionales indios con permiso de residencia en el Reino Unido (no debían ser los únicos en esa situación en el Reino Unido, y tomemos nota porque esta situación puede resultar muy común...), formaban una pareja de hecho cuando, en 2017, nació su hija, nacional británica. El apellido del padre figura en el acta de nacimiento, de modo que, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, es titular de la responsabilidad parental sobre la menor. En octubre de 2018, la madre, se desplazó a la India con la menor. Después de algunos meses, la madre regresó al Reino Unido sin la menor. Salvo una breve estancia en abril de 2019 en el Reino Unido, la menor ha permanecido en la India, donde vive con su abuela materna, donde come curry a todas horas, ve películas de bollywood y lejos queda ya su vida en Reino Unido. Según el órgano jurisdiccional remitente, es probable que el comportamiento de la madre constituya un traslado o retención ilícitos de la menor en la India. El padre desea que P viva con él en el Reino Unido y, con carácter subsidiario, poder contactar con ella en el marco de un derecho de visita. A tal efecto, el 26 de agosto de 2020, el padre presentó una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando, por una parte, que ordenase la restitución de la menor al Reino Unido y, por otra parte, que resolviera sobre el derecho de visita. Según dicho órgano jurisdiccional, la madre impugnó la competencia de los órganos jurisdiccionales de Inglaterra y Gales al no tener la menor su residencia habitual en el Reino Unido. Antes de pronunciarse, el órgano jurisdiccional remitente considera que procede apreciar su competencia con arreglo al Reglamento n.º 2201/2003. A este respecto, constató que, en el momento de presentarse la demanda, por una parte, la menor tenía su residencia habitual en la India y estaba plenamente integrada en un entorno social y familiar indio, dado que sus vínculos concretos con el Reino Unido eran inexistentes, con excepción de la ciudadanía, y, por otra parte, la madre no había aceptado en ningún momento de manera inequívoca la competencia de los juzgados y tribunales de Inglaterra y Gales para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental en relación con la menor. A raíz de esta constatación, el órgano jurisdiccional remitente consideró que su competencia no podía basarse en los artículos 8 y 12, apartado 3, del citado Reglamento. En cuanto al artículo 10 de dicho Reglamento, que establece las reglas de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor (copia las normas del CH 1980 con algunas modificaciones), el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas, en particular, sobre si esa disposición puede aplicarse a un conflicto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un Estado tercero.

26. En este caso el TJUE expone que: la regla enunciada en el artículo 10 de dicho Reglamento solo se refiere a los conflictos de competencia entre los Estados miembros y no a los conflictos entre un Estado miembro y un Estado tercero. Que el artículo 10 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretar-

¹³ Para más información, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2116-2189.

se en el sentido de que no resulta aplicable en caso de que se constate que un menor ha adquirido, en la fecha de presentación de la demanda relativa a la responsabilidad parental, su residencia habitual en un Estado tercero como consecuencia de una sustracción con traslado a dicho Estado.

27. Aquí es donde se debe observar una triste situación que en realidad no cumple con una de las reglas generales que se deben de observar: La protección del interés superior del menor.

28. (c) Un tercer país, que no es Estado miembro UE ni Estado parte en el CH 1980: El dato clave: la “discriminación procesal”. Ni acción, ni procedimiento en el Derecho español para la restitución de un menor sustraído ilegalmente con residencia habitual en un país que no es parte del Convenio de La Haya de 1980. Se hace patente una lamentable realidad: la discriminación procesal que se produce según sea el país desde el que se traslada al menor parte en el Convenio de La Haya de 1980. Si el menor es trasladado desde un país que no es parte en el citado Convenio, en España no existe tan siquiera acción, ni procedimiento para poder instar la acción de retorno directo que tiene como regla principal el Convenio siempre que el traslado no se haya producido hace más de un año y no se alegue y se pruebe alguna de las causas del art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

29. El art. 778 quater LEC sólo permite iniciar el procedimiento de retorno del menor a su país de residencia habitual en el caso de que resulte aplicable “un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea”. Este artículo de la LEC establece de forma cristalina que ese procedimiento “no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la UE ni sea parte de algún convenio internacional”. De este modo se produce una grave discriminación hacia estos supuestos, y finalmente, lo que se produce es la legalización de esa sustracción, que rompe con lo que la normativa internacional establece con carácter general.

30. En realidad, esta discriminación no tiene ningún punto positivo, no se gana nada con ella, porque a pesar de que España no incumple sus obligaciones internacionales, aunque no acepte que exista esta acción, el interés del menor se ve seriamente perjudicado. Esta solución adoptada por el legislador español no encaja con el principio de suprema tutela que se ha de defender en los casos de sustracción internacional de menores: el interés superior del menor.

31. El legislador impide incluso la aplicación por analogía de las normas que se podrían aplicar en el resto de casos de sustracción. Y lo solución que el legislador español deja al progenitor que no es el sustractor es una solución muy deficiente: litigar en el país de la anterior residencia habitual de la menor. Se debe resaltar que todo esto comporta tiempo, esfuerzo y mucho desgaste emocional y económico para conseguir lo que los instrumentos legales internacionales (Reglamento Bruselas II bis y Convenio de La Haya de 1980) desarrollan como base general para evitar la legalización de los secuestros internacionales de menores.

32. La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su previa residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, sino lo que se pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor. El menor debe ser restituido a su residencia habitual siempre y cuando no existan razones para evitar ese retorno¹⁴.

¹⁴ Para un desarrollo más profundo de la cuestión, vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, I. “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 2019, 825-833.

III. Reflexión final

33. La enseñanza del Derecho internacional privado es un reto fascinante y sugestivo, por parte del docente que tiene entre sus manos la labor de aproximar la materia de un modo práctico y claro. Sin duda alguna, esto se consigue con un estudio constante de la materia, dilucidando cuáles son esos nudos problemáticos y aportando las soluciones que pueden obtener los mismos, siempre utilizando la mejor argumentación jurídica. El estudiante de Derecho debe tener una motivación intrínseca para estudiar la asignatura, pero también una motivación extrínseca que corre a cargo de cómo se plantea la asignatura por parte del docente. Esta motivación extrínseca se puede conseguir presentando una materia, como es el Derecho internacional privado, que aporta soluciones a casos reales, prácticos, y que esas soluciones son justas. De este modo, el reflejo de la labor del docente de hoy se observará en el desempeño de la profesión en un mañana cercano de los operadores jurídicos que reciben estas enseñanzas.

LA PIGNORACIÓN DE CUENTAS DE CENTRALIZACIÓN DE TESORERÍA Y LA NOCIÓN DE ‘CONTROL’ COMO REQUISITO DE APORTACIÓN DE LA GARANTÍA FINANCIERA

THE CREATION OF IN REM RIGHTS OF PLEDGE OVER CASH POOL ACCOUNTS AND THE NOTION OF ‘CONTROL’ UNDER FINANCIAL COLLATERAL AGREEMENTS

BRUNO W. MARTÍN BAUMEISTER

*Profesor adjunto de Derecho mercantil
Universidad Pontificia Comillas*

Recibido:25.08.2021 / Aceptado:11.11.2021
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6714>

Resumen: La constitución de garantías financieras sobre cuentas de depósito de efectivo integradas en contratos de centralización de tesorería se encuentra en la intersección entre las normas de solvencia bancaria establecidas en Basilea III y la liberalización de los servicios de pagos promovida por la segunda directiva de servicios de pagos (PSD2). En la Sentencia *Swedbank* el TJUE se pronuncia por primera vez sobre la interpretación del término ‘control’ como requisito de constitución de las garantías financieras y se decanta por la noción de ‘control negativo’ acuñada en los casos británicos *Gray* y *Lehman Brothers*. *Swedbank* desincentiva, en cierta medida, la administración de estos contratos por parte de entidades de crédito y, sin embargo, abre la puerta a empresas *FinTech* especializadas en la prestación de servicios de pago, que no estarían sujetas, en principio, a las normas de solvencia de Basilea III.

Palabras clave: contrato de centralización de tesorería; cuentas de depósito; garantías financiera; control.

Abstract: Financial collateral agreements on cash deposit accounts integrated in cash pooling agreements are at the intersection between the capital adequacy standards established in the Basel III Accords and the liberalization of payment services promoted by the second payment services directive (PSD2). In the *Swedbank* Judgment, the CJEU rules on the construction of the term ‘control’ as an essential requirement for financial collaterals and opts for the notion of ‘negative control’ first coined in the *Gray* and *Lehman Brothers* cases of the High Court of England and Wales. The ruling in *Swedbank* sets a milestone for cash pooling agreements because it disincentivizes to some extent the management of these contracts by financial institutions and opens the door to *FinTech* companies acting as third party payment service providers.

Keywords: cash pooling agreements; deposit accounts, financial collateral; control.

Sumario: I. Introducción.II. El contrato de centralización de tesorería. 1. Modelos de centralización efectiva vs. virtual. 2. Centralización de tesorería y *open banking*. 3. Centralización de tesorería y tecnología blockchain.III. La constitución de garantía financieras sobre cuentas de efectivo. 1. Marco jurídico. 2. El ‘efectivo’ como objeto de la garantía financiera. 3. La noción de ‘control’ como requisito de aportación de la garantía financiera sobre cuentas de efectivo. 4. El modelo *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). 5. El modelo *Uniform Commercial Code* (UCC). 6. El poder de denegación de retirada de efectivo en la PSD2. 7. Los derechos de sustitución y de retirada del

excedente.IV. La STJUE en el asunto *Private Equity Insurance Group y Swedbank AS*. 1. Resumen del litigio. 2. Implicaciones de la Sentencia *Swedbank* para la constitución de garantías financieras formalizadas de acuerdo con la Directiva 47/2002/CE. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las sociedades que integran un grupo empresarial a menudo administran su tesorería de forma individual utilizando cuentas corrientes asociadas a bancos de proximidad que también les ofrecen servicios de financiación. Este planteamiento, sin embargo, no siempre permite un uso óptimo de todos los recursos de tesorería del grupo. En grupos empresariales de cierta dimensión es cada vez más habitual la creación de sociedades de administración de tesorería o de establecimientos financieros internos que tienen como objetivo redistribuir el flujo de liquidez intragrupo con el fin de reducir el coste financiero del conjunto y su dependencia de la financiación ajena. Como alternativa a la creación de servicios de financiación intragrupo, que requieren de la habilitación de sistemas técnicos complejos para respaldar el flujo de liquidez e implican sobrecostes asociados al cambio de divisas, en los últimos años la innovación financiera en la gestión de efectivo ha creado productos de gestión de tesorería más competitivos y estandarizados que permiten a las empresas externalizar el servicio de transacción y reducir el coste de financiación. Entre estos productos destaca el contrato de centralización de tesorería o *cash pooling*, en el que una entidad de crédito crea posiciones individuales –no necesariamente reflejadas en cuentas bancarias reales– para cada entidad del grupo y trata el conjunto de ellas como un todo agregado a los efectos del cálculo de intereses y comisiones. Dependiendo del tipo de contrato, los superávits y déficits de efectivo en los saldos individuales se combinan de manera física o virtual, con el resultado de que se minimiza el recurso a la financiación ajena, ya que los saldos de superávit y déficit se compensan entre sí. Aunque el tratamiento fiscal de este contrato obliga a que las entidades con un excedente de liquidez sigan percibiendo intereses en condiciones de mercado de las entidades con saldos negativos, en términos globales este mecanismo optimiza el coste financiero para cada entidad individual y el grupo en su conjunto, ya que las entidades de crédito no cobran ni su financiación implícita ni las comisiones de depósito en las posiciones individuales¹.

2. Los Acuerdos de Basilea III² establecen ciertos requisitos regulatorios que deben cumplir las entidades de crédito que conciertan contratos de centralización de tesorería, que les llevan a decantarse por el modelo tradicional de *cash pooling* efectivo o ‘físico’ en detrimento del modelo virtual o ‘nocial’. Mientras que en el modelo ‘físico’ se crea una red formada por subcuentas bancarias individuales reales de cada sociedad filial y una cuenta principal para la sociedad matriz a la que se transfiere todo el efectivo del grupo mediante liquidación intradiaria, en el modelo de centralización de tesorería virtual o ‘nocial’ las subcuentas de las filiales son virtuales y solo la cuenta principal administrada por la sociedad matriz es real o ‘física’. Los Acuerdos de Basilea III desincentivan el modelo ‘nocial’ ya que, en este supuesto, las entidades de crédito se ven obligadas a notificar los saldos de cuenta en términos brutos y a provisionarlos de acuerdo con coeficientes de apalancamiento que no permiten la compensación de los saldos activos y pasivos de las cuentas. Como alternativa a la dotación de colchones especiales de capital, las entidades de crédito pueden exigir al cliente la constitución de una estructura de garantías financieras, que generalmente es costosa y entraña cierta complejidad en su gestión³. Al margen de que

¹ El contrato de *cash pooling* se ha venido utilizando por entidades de crédito desde principios de los años noventa, pero su divulgación generalizada entre el tejido empresarial no se ha producido hasta el inicio de la crisis económica de 2008 a 2013. El acceso cada vez más limitado a los mercados de capital, unido a una estructura de menores retornos y mayores riesgos de depósitos bancarios, propició que los grupos empresariales empezaran a estudiar los mecanismos de maximización de las fuentes internas de capital y reducir la dispersión de relaciones financieras con diferentes entidades de crédito. Aunque se dispone de pocos datos para cuantificar la dimensión exacta de las actividades de centralización de tesorería, hay indicios claros de que el fenómeno es cada vez más relevante en los países de la Unión Europea. Vid. A. COLANGELO, “The statistical classification of cash pooling activities” en *Statistics Paper Series, European Central Bank*, nº 16, 2016.

² Vid.: https://www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm.

³ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Documento de consulta Revisión del marco del coeficiente de apalancamiento de Basilea III abierto a consulta hasta el 6 de julio de 2016, abril de 2016, https://www.bis.org/bcbs/publ/d365_es.pdf, acceso el 21 de julio de 2021.

los Acuerdos de Basilea III exijan, en determinados supuestos, la constitución de garantías financieras a favor de la entidad de crédito que administra el contrato de tesorería, es evidente que el efectivo representa uno de los principales activos, si no el más importante, que un cliente puede ofrecer como *collateral* en un contrato de financiación bancario. De ahí que el estudio de las peculiaridades de la constitución de garantías financieras en este tipo de contratos sea también relevante desde la perspectiva del aseguramiento de la financiación bancaria en general.

3. El modelo tradicional de *cash pooling* ‘físico’ presenta ciertas limitaciones relacionadas, fundamentalmente, con la obtención de información actualizada y consolidada de las posiciones de efectivo en distintas divisas y con el hecho de que no facilita la elaboración de pronósticos de flujos de efectivo. En este contexto, algunas entidades FinTech han empezado a desarrollar herramientas de tesorería inteligente basadas en *open banking* –denominadas *smart treasury*–, que permiten al cliente identificar sus necesidades de liquidez en tiempo real, agilizar la liquidación de transferencias intragrupo, reducir su coste financiero y optimizar los procesos de tomas de decisiones⁴. A día de hoy, los dos factores legales de los que depende el pleno desarrollo de las herramientas de tesorería inteligente son la compleción del régimen europeo de servicios de pagos (directivas PSD y PSD2)⁵, que permite el acceso de terceros a los servicios de pagos gestionados por entidades de crédito, y la aplicabilidad de los Acuerdos de Basilea III a las entidades FinTech que conciertan esta modalidad de contratos. Asimismo, la implantación de un sistema de pagos sin intermediarios, en particular la creación del Euro digital basado en tecnología DLT como medio de pago, tal y como ha anunciado el Banco Central Europeo el 14 de julio de 2021 puede alterar significativamente la constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo en el futuro.

4. Este trabajo aborda un aspecto que se encuentra en la intersección entre las normas de solvencia bancaria y la liberalización de los servicios de pagos, como es la constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo integradas en contratos de centralización de tesorería. Prestaremos especial atención a los límites dogmáticos definidos en la Directiva 47/2002/CE y el RDL 5/2005⁶, y que recientemente han sido objeto de interpretación en la Sentencia *Swedbank*⁷. El trabajo presenta la siguiente estructura: El apartado II. expone los modelos y la evolución de los acuerdos de centralización de tesorería, así como las tendencias más probables que cabe esperar en los próximos años. El apartado III. presenta las peculiaridades del régimen de constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo integradas en contratos de centralización de tesorería. El apartado IV. analiza la Sentencia *Swedbank* y su impacto sobre la armonización de la noción de ‘control’ como requisito de constitución de las garantías financieras en la Unión Europea, prestando especial atención a los entornos *open banking* y *blockchain*. El apartado V. expone las conclusiones del trabajo.

I. El contrato de centralización de tesorería

1. Modelos de centralización efectiva vs. virtual

5. El contrato de centralización de tesorería es un acuerdo entre, de una parte, la sociedad cabecera de un grupo empresarial y sus sociedades filiales y, de otra parte, una entidad de crédito, en virtud

⁴ Vid. <https://www.euromoney.com/surveys/cash-management-survey>.

⁵ Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (PSD); y Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (PSD2), DO L 319 de 5.12.2007, p. 1/36.

⁶ Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) 10 de noviembre de 2016, C-156/15, *Private Equity Insurance Group, SIA* y “*Swedbank*” AS, ECLI:EU:C:2016:856, §§ 12 a 20.

del cual la entidad de crédito presta a la sociedad cabecera y a las filiales un servicio de caja para cada una de las cuentas corrientes del grupo, que pueden estar reflejados en cuentas bancarias reales o puramente contables⁸. De acuerdo con ciertos hitos temporales establecidos por las partes –normalmente con carácter diario– el saldo de las subcuentas de cada una de las filiales del grupo se ajusta contra el saldo de la cuenta principal administrada por la sociedad cabecera (*master account*), de modo que las subcuentas deficitarias reciben un abono de la cuenta inmediatamente superior (*topping*) y las subcuentas superavitarias realizan un cargo a favor de la cuenta inmediatamente superior (*sweeping*). La cuenta inmediatamente superior puede ser la propia cuenta principal o una subcuenta intermedia entre la subcuenta de la filial y la cuenta principal. La utilización de una subcuenta intermedia, que da lugar a un área de concentración parcial de la tesorería, puede obedecer a diferentes intereses, como por ejemplo respetar ciertas demarcaciones sectoriales o regionales de actividad de la empresa o ajustar la concentración de tesorería a la implantación geográfica de la entidad de crédito.

6. El contrato de centralización de tesorería se suele desdoblarse en un acuerdo de gestión del servicio de caja de la cuenta principal, que suscriben la sociedad cabecera y la entidad de crédito, así como en un acuerdo marco que suscriben la sociedad cabecera y las filiales. Los superávits y déficits de liquidez que arrojan los diferentes saldos se compensan –física o virtualmente– de acuerdo con las reglas especificadas en el contrato marco. Esta compensación de saldos deficitarios y superavitarios en el conjunto del grupo minimiza el recurso a la financiación externa. Asimismo, la concentración de tesorería permite aprovechar o evitar las diferencias de coste financiero (*spread*) entre las sociedades del grupo. El tipo de interés aplicable a una cuenta deficitaria suele ser mayor que el tipo aplicable a una cuenta superavitaria. Mediante la adhesión a un sistema de concentración de tesorería, la sociedad titular de la cuenta deficitaria ajusta la cuenta a cero compensando el saldo negativo con el abono de un importe equivalente que se carga en la cuenta superior y en la que confluyen los traspasos de saldos positivos de otras cuentas del grupo. De este modo, las subcuentas no solo se gestionan sin incurrir en coste financiero, sino que la concentración del saldo agregado en una sola cuenta, que suele dar lugar a un saldo positivo, arroja un tipo de interés pagadero por la entidad de crédito y que la sociedad cabecera puede distribuir entre las sociedades del grupo según lo dispuesto en el contrato marco. En otro orden de cosas, más allá de la gestión eficiente de la liquidez y de la optimización de la estructura del coste financiero del grupo, los modelos de *cash pooling* sirven también como instrumentos de gobierno corporativo, que permiten a la administración del grupo evaluar y controlar con criterios uniformes el desempeño de cada una de las filiales del grupo. Las entidades de crédito suelen poner a disposición del cliente una plataforma electrónica (por ejemplo, Hyperion) que proporciona una visión general de la liquidez total disponible para todas las sociedades del grupo y que registra todos los pagos entrantes y salientes que afectan a los saldos individuales.

7. Aunque existen varios modelos de centralización de tesorería, son dos las categorías más relevantes desde el punto de vista estadístico⁹. En primer lugar, existe el contrato de centralización efectiva o ‘física’ de tesorería (*cash concentration* o *physical cash-pooling*) en el que todas las entidades del grupo mantienen una cuenta corriente ‘real’ y acuerdan que las entidades superavitarias transfieran los fondos excedentes a una cuenta corriente central para compensar los saldos de las entidades deficitarias. Este modelo tiene a su vez dos variantes: el sistema de ajuste a saldo cero (*zero balancing*) y el sistema de ajuste a saldo mínimo (*target balancing*). El ajuste a saldo cero se realiza, según el saldo sea positivo o negativo, bien mediante traspaso del saldo superavitario a la cuenta inmediatamente superior, bien mediante la compensación del saldo deficitario por abono del importe correspondiente desde la cuenta inmediatamente superior. El modelo de ajuste a saldo mínimo funciona de modo similar, con la particularidad de que el contrato marco prevé para cada subcuenta un determinado saldo mínimo distinto de

⁸ Vid. N. DROSTEN, *Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung im Cash Pool. Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Norderstedt, Grin Verlag, 2016.

⁹ A. COLANGELO, “The statistical classification of cash pooling activities” en *Statistics Paper Series, European Central Bank*, nº 16, 2016.

ceros y un determinado importe de la subcuenta con saldo superavitario indisponible para la realización de transferencias. Dentro del sistema de ajuste a saldo mínimo existe el subtipo *credit facility target balancing*, que toma en consideración las líneas de crédito internas y externas que haya suscrito la filial titular de la subcuenta. En segundo lugar, existe el modelo de contrato de centralización de tesorería virtual o ‘nocional’ (*notional cash-pooling*). En este caso, la entidad de crédito habilita una cuenta corriente principal ‘real’, en la que se concentra la tesorería de todas las entidades del grupo, y un número de subcuentas ‘contables’ desagregadas que reflejan los saldos de cada entidad del grupo. A diferencia del modelo anterior, no se prevé un sistema de transferencias, sino que los cargos y los abonos de intereses se tratan sobre una base de acumulación contable (neta). Aunque este modelo no conlleva los costes de transferencia derivados de los traspasos internacionales de efectivo descritos para el *cash pooling* físico, puede presentar algunos inconvenientes, como por ejemplo la constitución obligatoria de garantías recíprocas en algunas jurisdicciones (*cross guarantees*) o la comunicación obligatoria de las operaciones al banco central de conformidad con los Acuerdos de Basilea III. Con el fin de evitar la constitución obligatoria de garantías recíprocas, algunos modelos de centralización de tesorería ‘nocional’ prevén un esquema de fiducia (*trust*) de acuerdo con el cual la sociedad cabecera es titular de todas las subcuentas, si bien las administra en nombre de las sociedades filiales, que son sus beneficiarias efectivas¹⁰.

8. Otra clasificación de los sistemas de concentración de tesorería distingue entre modelos de gestión por una sola entidad de crédito (*one bank solution*) o de gestión por varias entidades (*overlay structure*). El modelo de gestión única prevé que la cuenta principal y todas las subcuentas estén localizadas en una sola entidad de crédito, cuya implantación abarca toda la distribución geográfica del grupo. Este modelo permite eliminar los costes de transferencia que pueden generar los traspasos de efectivo entre cuentas localizadas en diferentes países y entidades de crédito. Además, el modelo de gestión única permite a la administración del grupo disponer de una información más accesible, homogénea y veraz que en el caso del modelo de gestión múltiple, en el que la información depende de varias entidades y solo suele estar disponible en los hitos periódicos de *pooling* establecidos. Por otra parte, el modelo de gestión única también plantea algunas desventajas para la empresa, como el acceso de la entidad de crédito a información económica sensible del grupo (por ejemplo, el flujo de caja) y la dependencia de la empresa de la infraestructura de la entidad de crédito, que desincentiva cambios eventuales a otros competidores. En aquellos casos en que no se puede implantar un modelo de gestión única, el grupo suele optar por crear un sistema de cuentas corrientes de plano ‘inferior’ y ‘superior’ (*overlay structure*). En el plano inferior se encuentran las subcuentas individuales de las filiales que están asociadas a entidades de crédito locales, mientras que en el plano superior aparece una subcuenta intermedia de ámbito nacional asociada a la entidad de crédito que administra la cuenta principal. En este modelo las subcuentas de las entidades de crédito locales transfieren su saldo a la subcuenta intermedia nacional, que a su vez traspasa su saldo mediante transferencia interna del banco a la cuenta principal evitando así los costes derivados de los traspasos internacionales de efectivo.

9. Los Acuerdos de Basilea III no siempre permiten que las entidades de crédito puedan calcular sus ratios de liquidez mediante el neteo de las cuentas superavitarias y deficitarias dentro del *pool* nocional. Esto implica que las entidades de crédito deben calcular sus ratios de liquidez sobre la base del valor contable bruto de cada una de las cuentas individuales. Para poder provisionar adecuadamente las posiciones negativas están obligadas a mantener mayores niveles de liquidez. Las posiciones negativas se consideran descubiertos y representan activos por riesgo ponderado (*risk weighted asset, RWA*) poco atractivos para la entidad de crédito. Los requisitos de mitigación de riesgo de crédito aplicables a este tipo de activos varían en función de la entidad de crédito y también según el banco central a cuya supervisión esté sometida la entidad de crédito. Con el fin de evitar que las cuentas deficitarias obliguen a la dotación de colchones de capital específicos, las entidades de crédito deben contar con derechos

¹⁰ También existe el *cash pooling* híbrido, en el que las partes combinan el *cash pooling* físico con el nocional. Este método se suele emplear cuando el grupo empresarial necesita operar con diferentes divisas. De este modo, se suele utilizar un acuerdo de *cash pooling* físico para la divisa Euro, mientras que las otras divisas se gestionan a través de acuerdos de *cash pooling* nocional.

de compensación sobre cuentas de efectivo de las sociedades integrantes del grupo empresarial que sean ‘resistentes’ a la apertura de un procedimiento concursal. En el contexto del Espacio Económico Europeo, este proceso suele requerir la formalización de derechos reales de garantía sujetos a diferentes ordenamientos jurídicos, con el correspondiente coste en servicios jurídicos¹¹. Conviene destacar que la gestión de contratos de centralización de tesorería no representa, a día de hoy, un área de negocio *core* de las entidades de crédito. Como consecuencia de la plena implantación de los Acuerdos de Basilea III es probable que las entidades de crédito solo accedan a prestar servicios de *cash pooling* nocial si existe una estructura adecuada de ‘derechos de compensación’ en forma de garantías financieras y si los clientes están dispuestos a remunerar el coste de cumplimiento regulatorio. Es probable que el incremento del coste financiero lleve a los grupos empresariales a decantarse por otras opciones de gestión de tesorería como, por ejemplo, el modelo más tradicional de *cash pooling* físico, o por los servicios de centralización de tesorería que empiezan a ofrecer las entidades de *open banking* o *smart treasury* que están empezando a desarrollar las entidades *fintech*.

2. Centralización de tesorería y open banking

10. Las empresas Fintech especializadas en la prestación de servicios de pago (*third party payment service providers*, TPP) promueven, entre otras áreas de negocio, la gestión de efectivo y riesgo de liquidez intradiaria a través de herramientas de *open banking*, denominadas genéricamente *smart treasury*. El fenómeno de las herramientas de tesorería inteligente se basa, principalmente, en la denominada ‘liquidez en tiempo real’ (*real-time liquidity*) y en los modelos centralizados de gestión de cobros y pagos ‘*collection on behalf of*’ (COBO) y ‘*payment on behalf of*’ (POBO). Desde un punto de vista tecnológico, la ‘liquidez en tiempo real’ resulta de la generalización de los servicios de iniciación de pagos (PIS) y de los servicios de información de cuenta (AIS)¹², combinados con el uso de interfaces de programación de aplicación (*application programming interface*, API), la automatización de procesos mediante robótica (*robotic process automation*, RPA) y la incorporación de procedimientos de inteligencia artificial (*artificial intelligence*, AI). En particular, estos servicios proporcionan un sistema de centralización de tesorería intradiario (*intra-day cash pooling*) a partir de la transferencia continuada de fondos desde entidades de crédito localizadas en diferentes jurisdicciones hacia una cuenta ‘máster’ administrada por la sociedad

¹¹ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Documento de consulta Revisión del marco del coeficiente de apalancamiento de Basilea III abierto a consulta hasta el 6 de julio de 2016, abril de 2016, https://www.bis.org/bcbs/publ/d365_es.pdf, acceso el 21 de julio de 2021: “III.4 Tratamiento de las operaciones de gestión centralizada de tesorería (*cash pooling*). Se ha solicitado aclaración del tratamiento de las operaciones de gestión centralizada de tesorería (*cash pooling*) en el marco del coeficiente de apalancamiento de Basilea III. Se trata de un producto de tesorería ofrecido a grandes empresas que permite a los grupos empresariales combinar las posiciones acreedoras y deudoras de varias cuentas en una sola. Pueden aplicarse dos mecanismos diferentes: • La gestión centralizada de tesorería nocial (o virtual) combina los saldos de varias cuentas de las entidades pertenecientes al grupo empresarial, a fin de limitar pequeños saldos o comisiones por operaciones sin transferencia física de fondos. En su lugar, los saldos de las diferentes entidades se compensan dentro del grupo, de forma que el banco cobra intereses sobre el saldo neto de efectivo del grupo. El Comité propone que estos saldos se notifiquen en términos brutos en consonancia con la revisión del párrafo 13 (párrafo 11 revisado) del marco del coeficiente de apalancamiento de Basilea III, que no permite la compensación de activos y pasivos, ni el reconocimiento de técnicas de mitigación del riesgo de crédito. • La gestión centralizada de tesorería física, que combina varias cuentas de entidades que forman parte de un grupo empresarial en una única cuenta principal o de concentración al final de cada periodo mediante transferencia física de fondos, normalmente mediante liquidación intradiaria. El Comité propone permitir a los bancos notificar esos saldos en términos netos si la transferencia de saldos acreedores y deudores a una única cuenta resulta en la extinción de los saldos originales y su transformación en un único saldo (es decir, un único activo o un único pasivo frente a una única entidad jurídica en una única cuenta) y el banco no pueda ser considerado responsable en caso de incumplimiento de uno o varios participantes en la cuenta mancomunada. La propuesta también exige que dicha liquidación tenga lugar al menos diariamente para que pueda reconocerse en términos netos en la medida de la exposición del coeficiente de apalancamiento de Basilea III”.

¹² Los servicios de iniciación de pagos (PIS) y de los servicios de información de cuenta (AIS) han sido objeto de regulación en la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 337 de 23.12.2015, p. 35/127.

cabecera del grupo, lo que permite mejorar la visibilidad de la información tanto interna como externa¹³ de las posiciones de efectivo, así como optimizar la estimación de flujos de efectivo de un grupo empresarial¹⁴. Asimismo, se espera que los grupos empresariales puedan reducir su dependencia de la financiación externa, optimizar la dotación de colchones de capital y minorar su coste financiero¹⁵. La implantación de sistema de liquidez intradiaria permite sustituir los sistemas de devengo de interés diario, semanal o mensual que se utilizan actualmente por modelos de cómputo de interés por minuto o por hora. Mientras que los modelos de centralización actuales de *zero balancing* y *target balancing* implican la realización de ajustes al final del día entre las cuentas máster y participantes, el *cash-pooling* intradiario permite la realización de varios ajustes de tesorería (*cash sweeps*) a lo largo del día, lo que articula un sistema de gestión de tesorería más dinámico y reduce –al menos potencialmente– el coste financiero.

11. Con respecto a la gestión de pagos y cobros a terceros, la implantación del Área Única de Pagos en Euros (SEPA, *Single Euro Payments Area*), en particular el sistema de adeudo directo SEPA, representa un elemento crucial para el desarrollo de los modelos de centralización de tesorería ‘*collection on behalf of*’ (COBO) y ‘*payment on behalf of*’ (POBO), que promueven las entidades *open banking*¹⁶. Estos modelos de gestión –que a día de hoy son más teóricos que reales– se basan en la creación de subcuentas virtuales individuales para cada sociedad filial y la canalización de toda la gestión de cobros y pagos a terceros a través de una única cuenta bancaria para todo el grupo empresarial, de modo que cada una de las sociedades filiales ya no se vería obligada a administrar una cuenta bancaria individual. A diferencia de las cuentas bancarias virtuales del modelo *notional cash pooling*, la red no tiene por qué ser administrada por una entidad de crédito y no existen tiempos de corte que obliguen a la realización de transacciones intradiarias. Teóricamente, el modelo COBO/POBO permitiría prescindir de los acuerdos de centralización de tesorería al concentrar todo el efectivo del grupo en una sola cuenta.

12. A día de hoy, uno de los factores determinantes de los que depende el pleno desarrollo de las herramientas de tesorería inteligente es la compleción de la regulación europea de la apertura por parte de las entidades de crédito de sus servicios de pagos a las entidades TPP¹⁷. En este sentido, la directiva PSD fue aprobada con el objetivo de contribuir al desarrollo de un mercado único de pagos en la Unión Europea y fomentar así la innovación, la competencia y la eficiencia en el Espacio Económico Europeo. En 2013, la Comisión Europea propuso una revisión con la aprobación de la directiva PSD2, que pretende mejorar la protección del consumidor, impulsar la competencia e innovación del sector y reforzar la seguridad en el mercado de pagos. En particular, la PSD2 profundiza en la regulación y armonización de dos clases de servicios que ya existían cuando se adoptó la PSD en 2007: los servicios de iniciación de pagos (PIS) y los servicios de información de cuenta (AIS). En el caso del servicio de iniciación de pagos (PIS), una entidad TPP facilita el uso de la banca ‘online’ de una determinada entidad de crédito

¹³ Esto es, administrada en entidades de crédito.

¹⁴ Vid. https://corporates.db.com/files/documents/The-road-to-real-time-treasury.pdf?language_id=1, acceso el 21 de julio de 2021.

¹⁵ El informe de gestión de efectivo de Euromoney en 2020 señala que el 57% de los departamentos financieros encuestados están valorando la utilización de APIs administradas por un tercero independiente para gestionar su centralización de tesorería y estimación de flujos de efectivo. Vid. <https://www.euromoney.com/surveys/cash-management-survey>, acceso el 21 de julio de 2021.

¹⁶ El Área Única de Pagos en Euros SEPA, propiciada por la primera Directiva Europea de Servicios de Pagos, permite a ciudadanos y empresas establecidos en 28 Estados miembros la realización de pagos y cobros en euros dentro y fuera de sus fronteras estatales mediante el sistema de adeudo directo SEPA.

¹⁷ El considerando (17) de la PSD2 excluye de su ámbito de aplicación las operaciones que permiten centralizar las operaciones de pago de un mismo grupo empresarial, esto es, las operaciones de *factoring* y *confirming* concertadas entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo y que están amparadas bajo el régimen del ‘adeudo directo SEPA’: “(17) La zona única de pagos en euros (SEPA, por sus siglas en inglés) ha facilitado la creación de «factorías de pagos» y «factorías de cobros» en el ámbito de la Unión, que permiten centralizar las operaciones de pago de un mismo grupo. A ese respecto, procede disponer que las operaciones de pago entre una empresa matriz y su filial o entre filiales de la misma empresa matriz que se realicen a través de un proveedor de servicios de pago perteneciente al mismo grupo han de quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva. El cobro de órdenes de pago por cuenta de un grupo empresarial por parte de la empresa matriz o de una filial para su transmisión a un proveedor de servicios de pago no debe considerarse un servicio de pago a efectos de la presente Directiva”.

que actúa como ‘gestor de cuenta’ para realizar pagos entre cuentas mediante la creación de un interfaz ‘puente’, la compleción de la información necesaria para la transferencia y la remisión de información a la entidad de crédito gestora de la cuenta del inicio de la operación. El régimen de la PSD2 también permite al cliente la realización de pagos a terceros desde la aplicación de una entidad de crédito utilizando cualquiera de sus cuentas, pertenezcan o no a esa entidad. Por su parte, en el caso del servicio de información de cuenta (AIS), la entidad TPP recopila y almacena la información de las distintas cuentas bancarias de un cliente en un solo lugar, facilitando al cliente una visión global de sus posiciones de efectivo y estimaciones de flujo de caja¹⁸.

13. Si bien la PSD2 reconoce la importancia de las entidades TPP, las entidades de crédito siguen siendo la vía principal para los consumidores de obtener servicios de pago. Es importante destacar que la entidad TPP que presta un servicio de iniciación de pago basado en una cuenta de pago administrada por una entidad de crédito (el ‘gestor de cuenta’), debe obtener la confirmación de la disponibilidad de fondos en la cuenta de pago del cliente con carácter previo a la ejecución de la operación. Además, la entidad TPP no tiene en su poder fondos del usuario en ninguna etapa de la cadena de pago. En el contexto de las herramientas de tesorería inteligente conviene distinguir las ‘cuentas de pago’ en el sentido de la PSD2, esto es, cuentas corrientes bancarias administradas por un gestor de cuenta entidad de crédito o asimilado, de los interfaces de transferencias y subcuentas virtuales que pueda utilizar una entidad TPP. Esta distinción es relevante en la medida en que solo las ‘cuentas pago’ constituyen cuentas para el abono de efectivo en el sentido del artículo 7 del RDL 5/2005 y pueden ser objeto de constitución de una garantía financiera. Las subcuentas virtuales no permiten ni el almacenamiento de efectivo ni de dinero virtual y no reunirían –al menos a día de hoy– los requisitos del artículo 7 del RDL 5/2005¹⁹.

3. Centralización de tesorería y tecnología blockchain

14. En un plano abstracto y aún muy hipotético, los modelos de centralización de tesorería basados en el entorno *blockchain* permitirían a los grupos empresariales prescindir o reducir su dependencia de las infraestructuras bancarias, que puede resultar menos operativa y más costosa²⁰. En esencia, el entorno *blockchain* permite localizar y rastrear los fondos de efectivo en tiempo real a través de un sistema de cuentas virtuales que no depende del soporte de una entidad de crédito²¹. Las finanzas

¹⁸ J. M. De la Chica, «PSD2 y Open APIs en banca: ¿llega la era exponencial al FinTech y los pagos online?», BBVA API Market, <https://www.bbva.com/es/lo-saber-la-psd2/>, acceso el 7 de julio de 2021; K. FANNING Y D. P. CENTERS, “Blockchain and Its Coming Impact on Financial Services” en *Journal of Corporate Accounting and Finance*, número 27, 2016, pp. 53 a 57; M. DELGADO ALFARO, “Retos y tendencia regulatorias en el sector bancario” en R. MARTÍNEZ-PARDO DEL VALLE Y F. J. ZAPATA CIRUGEDA (Dir.), *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, 2017.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 1.2 Ley 21/2011, de 26 de julio, BOE núm. 179, el dinero electrónico constituye un “valor monetario”. Las criptomonedas no lo son en la medida en que no gozan de oficialidad estatal, al margen de cumplir el requisito de “almacenarse por medios electrónico o magnéticos”. En definitiva, el pago de dinero electrónico realizado conforme a la Ley 21/2011 es *off chain*. Vid. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 177, nota al pie 16.

²⁰ Vid. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 31 y 32: “Se denomina cadena de bloques o Blockchain al resultado de aplicar una tecnología digital criptográfica que permite crear bases de datos almacenadas y compartidas en una comunidad o red no jerárquica o inter partes (peer to peer), construida sobre grupos, bloques o eslabones de datos, ligados o vinculados entre sí por códigos alfanuméricos llamados hashes. Tecnología conocida como de registros distribuidos o DLT, que además de servir para crear un registro compartido y de enlace entre datos anotados, produce el efecto de identificar a estos de manera inequívoca, inalterable y transparente. Quedando los datos accesibles para quienes los comparten accediendo a una red o sistema multilateral donde todos pueden interactuar”.

²¹ Como lectura introductoria a la materia, Vid. A. WRIGHT Y P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology And The Rise Of Lex Cryptographia”, SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>, acceso el 8 de julio de 2021, pp. 10 a 12: “*Blockchains are not just powering digital currencies. They are also enabling the creation smart contracts, one of the first truly disruptive technological advancements to the practice of law since the invention of the printing press. Using a distributed database, like the blockchain, parties can confirm that an event or condition has in fact occurred without the need for a third party.*” 46 As a

descentralizadas (*Decentralized Finance*, DeFi) forman un área del entorno *blockchain* que ha recibido cierta atención en los últimos años²². Entre otros campos, DeFi comprende el desarrollo e implantación de herramientas tecnológicas que pueden ser relevantes para la gestión de tesorería de los grupos empresariales. En particular, las herramientas de tesorería inteligente basadas en *blockchain* —como, por ejemplo, la desarrollada por la empresa fintech Adjoint—, persigue la optimización de la gestión de liquidez de tesorería y tiene como funcionalidades concretas la reconciliación continua y la liquidación bruta en tiempo real de transacciones intragrupo²³. Estas herramientas combinan tecnología *blockchain*, contratos inteligentes (*smart contracts*) e interfaces de programación de aplicación (*application programming interface*, API). De forma similar al fenómeno *open banking*, la optimización de la gestión de liquidez y de los pronósticos de flujo de efectivo parece que pueden redundar en beneficio del proceso de toma de decisiones estratégicas para una empresa. Asimismo, estas herramientas pueden facilitar una mejor integración de proveedores y clientes en la cadena de producción.

15. Las características más importantes de las herramientas de tesorería inteligente basadas en *blockchain* se resumen en tres aspectos, que comparten en cierta medida con las herramientas *open banking*. En primer lugar, las herramientas utilizan tecnología de contabilidad distribuida para reconciliar automáticamente la información de las transacciones con el fin de eliminar los procesos de compensación y optimizar la gestión de divisas, lo que proporciona a los departamentos financieros una visibilidad mayor de sus posiciones de efectivo. Asimismo, las herramientas contemplan la creación de un número ilimitado de subcuentas virtuales que permiten conciliar los pagos de clientes y proveedores. La idea es que los grupos empresariales puedan prescindir de cierto número de cuentas bancarias físicas y sustituirlas por cuentas virtuales de *blockchain*, que serían más fáciles de administrar y menos costosas. En segundo lugar, estas herramientas pivotan sobre el uso de contratos inteligentes (*smart contracts*). Los contratos inteligentes establecen reglas preconfiguradas e inalterables que permiten la realización de operaciones automatizadas en tiempo real. Así, los movimientos de fondos y divisas entre las cuentas virtuales *blockchain* estarían formuladas como operaciones automatizadas. Los contratos inteligentes pueden optimizar algunas tareas tradicionales de la tesorería corporativa, como, por ejemplo, la comprobación de requisitos de cumplimiento normativo y corporativo, la apertura de cuentas, la realización de operaciones de préstamo/crédito intragrupo, operaciones con cambio de divisas, pagos transfronterizos,

result, the technology has breathed life into a theoretical concept first formulated in 1997: digital, computable contracts where the performance and enforcement of contractual conditions occur automatically, without the need for human intervention. In some cases, smart contracts represent the implementation of a contractual agreement, whose legal provisions have been formalized into source code. Contracting parties can thus structure their relationships more efficiently, in a self-executing manner and without the ambiguity of words. Reliance on source code enables willing parties to model contractual performance and simulate the agreement's performance before execution. In other cases, smart contracts introduce new codified relationships that are both defined and automatically enforced by code, but which are not linked to any underlying contractual rights or obligations. To the extent that a blockchain allows for the implementation of self-executing transactions, parties can freely transact with one another, without the technical need to enter into a standard contractual arrangement. To date, smart contracts have mostly been created to automatically execute derivatives, futures, swaps, and options. Yet, they are also being used to facilitate the sale of goods between unrelated people on the Internet without the need for a centralized organization. The development of smart contracts is expanding rapidly. Over the past several months, a number of open source projects—such as Ethereum, Counterparty, and Mastercoin—have been developed to create programming languages that enable the creation of increasingly sophisticated smart contracts. Using these programming languages, Smart contracts could be used to enable employees to be paid on an hourly or daily basis with taxes remitted to a governmental body in real time. The technology could be employed to create smart contracts that automatically check state death registries and allocate assets from a testator's estate, send applicable taxes to governmental agencies without the need of administering the will through probate. Music royalties could be administered instantaneously, with distributions provided to both composers and performers in real time. Complicated securitizations could, similarly, be transformed into a smart contract, eliminating the technical need for trustees and servicers”.

²² Vid. informe World Economic Forum White Papers, *Decentralized Finance: (DeFi) Policy-Maker Toolkit*, 8 de junio de 2021: “Decentralized Finance (DeFi) is an emerging and rapidly evolving area in the blockchain environment. Although examples of DeFi have existed for several years, there was a sudden upsurge of activity in 2020. In one year, the value of digital assets locked in DeFi Smart contracts grew by factor of 18, from USD 670 million to USD 13 billion; the number of associated user wallets grew by factor of 11, from 100,000 to 1.2 million; and the number of DeFi related applications grew from 8 to more than 200. This growth in turn has stimulated interest from both the private and public sectors”.

²³ Vid. <http://adjoint.io/>, acceso el 21 de julio de 2021.

servicios de facturación, así como operaciones de compensación entre sociedades matrices y filiales. En tercer lugar, las herramientas de tesorería inteligente ofrecen una integración basada en API con los sistemas existentes dentro de cada grupo empresarial, especialmente con sistemas de planificación de recursos empresariales (ERP) y de gestión de tesorería (TMS), así como con los sistemas de pagos de entidades de crédito fuera de la organización, incluyendo el procesamiento de transacciones bancarias en tiempo real en lugar de por lotes al final del día (*batch-based*).

16. De forma similar a lo que ya se ha indicado con respecto a las herramientas de tesorería inteligente del modelo *open banking*, en el contexto de las herramientas de tesorería *blockchain* conviene distinguir las ‘cuentas de pago’ en el sentido de la PSD2, esto es, cuentas corrientes bancarias administradas por una entidad de crédito gestor de cuenta o asimilada, de los interfaces de transferencias y subcuentas virtuales *blockchain* que pueda utilizar una entidad TPP. Así, solo las ‘cuentas pago’ constituyen cuentas para el abono de efectivo en el sentido del artículo 7 del RDL 5/2005 y pueden ser objeto de constitución de una garantía financiera. Las subcuentas virtuales *blockchain* no permiten ni el almacenamiento de efectivo ni de dinero virtual y no reunirían –al menos a día de hoy– los requisitos del artículo 7 del RDL²⁴. Un elemento que puede alterar significativamente la constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo es la implantación de un sistema de pagos sin intermediarios, en particular, la creación del Euro digital basado en tecnología DLT como medio de pago, tal y como ha anunciado el Banco Central Europeo en julio de 2021²⁵.

II. La constitución de garantía financieras sobre cuentas de efectivo

1. Marco jurídico

17. El RDL 5/2005 transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 47/2002/CE, que sistematiza el régimen jurídico aplicable a los acuerdos de garantía financiera. El RDL 5/2005 establece un régimen de garantía financiera aplicable únicamente a los sujetos enumerados en el artículo 4 del RDL 5/2005, que podríamos definir como personas jurídicas que intervienen en el mercado de forma profesional²⁶. Dispone el artículo 7 del RDL 5/2005 que pueden ser objeto de garantía financiera: (i) el efectivo, entendido como dinero abonado en cuenta en cualquier divisa; (ii) los valores negociables y otros instrumentos financieros; y (iii) los derechos de crédito derivados de préstamo o crédito otorgados por una entidad de crédito. El régimen de constitución de la garantía financiera no aparece explicitado con toda la claridad que sería deseable en el RDL 5/2005. Respecto de la forma exigida, el artículo 8.1 del RDL 5/2005 establece que basta con que el acuerdo de garantía financiera conste por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que sea necesaria ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba. A diferencia del régimen común, el RDL 5/2005 elimina el requisito de la constancia de la garantía en un instrumento público y tampoco se pronuncia acerca del requisito de la certeza de la fecha a efectos de la oponibilidad de la garantía financiera frente a terceros. En cuanto al régimen de aportación, el artículo 8.2 a) del RDL 5/2005 establece que la garantía debe entenderse válidamente aportada cuando el bien objeto de la garantía haya sido entregado,

²⁴ De acuerdo con el artículo 1.2 Ley 21/2011, de 26 de julio, BOE núm. 179, el dinero electrónico constituye un “valor monetario”. Las criptomonedas no lo son en la medida en que no gozan de oficialidad estatal, al margen de cumplir el requisito de “almacenarse por medios electrónico o magnéticos”. En definitiva, el pago de dinero electrónico realizado conforme a la Ley 21/2011 es *off chain*. Vid. J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 177, nota al pie 16.

²⁵ Vid. Nota de prensa: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714~d99198ea23.en.html>; Informe Digital euro experimentation scope and key Learnings: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.digitaleuroscopekeylearnings202107~564d89045e.en.pdf>, acceso el 21 de julio de 2021.

²⁶ Vid. A. B. VEIGA COPO, *Tratado de la Prenda*, Madrid, Civitas, 2021, p. 273: “[el RDL] opta por la ambigüedad, bien calculada y deliberada, como mejor camino o expedito para hacer cuanto quieran los destinatarios de la norma. Maneja términos muy específicos y complejos, más propios de otras prácticas y otros ordenamientos, a los que ni siquiera se ocupa de traducir bien. términos que a veces ni siquiera es consciente de lo que verdaderamente significan”.

transmitido, registrado o acreditado de cualquier otro modo de forma que obre en poder o esté bajo el ‘control’ del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre²⁷.

2. El ‘efectivo’ como objeto de la garantía financiera

18. En el contexto de los acuerdos de centralización de tesorería el objeto principal susceptible de pignoración es el ‘efectivo’, que aparece definido en el apartado a) del artículo 7 del RDL 5/2005 como el “dinero abonado en cuenta en cualquier divisa”. A pesar de que su significado habitual pueda sugerir un alcance más amplio, en el sentido preciso que le atribuye el RDL 5/2005 deben excluirse de la noción legal las monedas y billetes de curso ordinario como objeto posible de la garantía financiera. En este sentido, el considerando (18) de la Directiva 47/2002/CE dispone que no pueden ser objeto de garantía financiera los billetes de banco. El RDL 5/2005 no precisa el alcance exacto de la noción de ‘cuenta’, aunque parece lógico que debe tratarse de una cuenta en la que pueda abonarse ‘dinero’, esto es, una cuenta integrada en un contrato de gestión de caja vinculado a un depósito. De acuerdo con esta acepción, parece que quedarían incluidas las cuentas corrientes bancarias y, sin embargo, excluidas las cuentas corrientes mercantiles en sentido propio, que no tienen como función el almacenamiento de dinero. También parece que debieran quedar subsumidas dentro de esta noción los contratos de depósito a plazo fijo y de cuenta corriente de crédito²⁸.

19. Desde el punto de vista de la delimitación de los fondos de efectivo como objeto de la garantía financiera, interesa señalar que el gravamen puede formalizarse bien sobre un importe de efectivo específico o bien sobre el derecho de crédito sobre el saldo de la cuenta en la que se encuentra depositado el efectivo²⁹. En el contexto de los acuerdos de centralización de tesorería, las partes de la garantía financiera pueden optar tanto por la pignoración de un importe de efectivo concreto como por la del saldo eventual de la cuenta corriente. En el primer supuesto, parece claro que las aportaciones posteriores a la fecha de constitución de la garantía financiera que incrementen el saldo de la cuenta no debieran estar afectadas por el gravamen. Una excepción a este supuesto viene dada por el pacto de garantía complementaria (*margin call*), que permite al acreedor garantizado solicitar garantías nuevas adicionales al objeto pignorado con el fin de mitigar el riesgo de disminución del saldo pignorado. En el segundo supuesto, los fondos de efectivo afectos al gravamen vendrían delimitados por el saldo de la cuenta en cada momento. Así, el objeto de la garantía financiera quedaría minorado y ampliado por las eventuales disposiciones y aportaciones de efectivo que, en su caso, realice el pignorante, con la particularidad de que la prenda sobre los sucesivos saldos se retrotraería a la fecha de constitución de la garantía financiera original³⁰.

²⁷ Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 31 a 37.

²⁸ Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, p. 80.

²⁹ La Disposición Adicional Sexta de la Ley de Autonomía del Banco de España, BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994 establece el régimen jurídico aplicable a las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros Bancos Centrales Nacionales de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones –aplicable también a las garantías constituidas a favor del FROB y el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con la Disposición Final 18ª de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre de reestructuraciones y resolución de entidades de crédito, BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2012, páginas 79604 a 79677 –. El sistema de constitución de las garantías está inspirado en parte en el régimen del RDL 5/2005, por lo que es parecido a este, si bien en algunos aspectos su regulación es más detallada que la del RDL 5/2005. Vid. artículo 2 e) IV Disposición Adicional Sexta Ley de Autonomía del Banco de España: “Cuando el objeto de la garantía consista en prenda sobre depósitos dinerarios, el beneficiario o, en su caso, la entidad depositaria del efectivo deberá anotar en la correspondiente cuenta la constitución de la prenda sobre la cuenta o, en su caso, sobre el importe pignorado, una vez que tenga constancia del consentimiento del titular de dicha cuenta”. Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013), págs. 163 y 164.

³⁰ La cuenta corriente “como un universo de cosas fungibles determinadas por el hecho de que las posea el acreedor”. Vid. Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. J. Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3ª edición, tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 178 y ss.

3. La noción de ‘control’ como requisito de aportación de la garantía financiera sobre cuentas de efectivo

20. Los requisitos de constitución de la garantía financiera aparecen regulados en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/47/CE³¹. Se entiende que una garantía ha sido válidamente aportada cuando el bien objeto de la garantía ha sido entregado, transferido, mantenido, registrado o designado de otro modo con objeto de que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre. La noción de ‘control’, que parece medular para el cumplimiento del requisito de aportación, no solo adolece de cierta indefinición en la Directiva, sino que ha sido objeto de redacciones divergentes en las transposiciones nacionales³². Entre las diferentes tradiciones nacionales, la doctrina y jurisprudencia británicas son las que han perfilado de manera más determinante la acepción de control que finalmente ha tenido acceso a la jurisprudencia del TJUE. De acuerdo con la concepción propuesta por BEALE, el modelo británico está basado en las nociones de control positivo y control negativo como elementos integrantes del requisito de aportación establecido en el artículo 2.2. El control positivo describe aquella situación en la que el acreedor pignoraticio puede disponer del bien pignorado y satisfacer su crédito al vencimiento de la obligación no atendida, sin que sea necesaria una autorización ulterior por parte del pignorante. Este efecto se puede lograr bien mediante la utilización del modo apropiado de constitución de la garantía –por ejemplo, el abono del importe dinerario gravado en una cuenta a nombre del acreedor pignoraticio– o bien mediante la suscripción de un acuerdo de control entre la entidad depositaria del importe dinerario, en virtud del cual la entidad depositaria se obliga a seguir las instrucciones del acreedor pignoraticio. El control negativo describe aquella situación en la que el acreedor pignoraticio puede impedir al pignorante operar o disponer del bien pignorado. En la sentencia del asunto *Gray* el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, a propósito de la interpretación del considerando 10 y del artículo 2.2 de la Directiva 47/2002/CE, considera que el término ‘control’ se refiere a ‘control negativo’: la mera titularidad del acreedor pignoraticio sobre la cuenta de depósito –o el mero control administrativo de la misma– no equivaldrían a la noción de ‘control’ a los efectos de la Directiva 47/2002/CE, sino que el acreedor pignoraticio debe tener el control ‘legal’ sobre el bien pignorado, el cual implica necesariamente el derecho a impedir la disposición sobre el bien por parte del pignorante³³. En opinión

³¹ En la transposición española los requisitos de constitución de la garantía financiera aparecen regulados en el artículo 8 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (RDL 5/2005). La redacción del precepto es poco afortunada y parece exigir que tanto los ‘acuerdos de garantía financiera’ como la ‘aportación del activo objeto de la garantía’ requieren forma escrita o forma jurídicamente equivalente, lo que ha llevado a algunos autores a preguntarse acerca del requisito del ‘doble escrito’. No parece lógico condicionar la validez de la prueba de la prestación de la garantía a la presentación de dos documentos separados y en la práctica los dos escritos se suelen reducir a uno. Vid. H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER Y E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 395 y 396; K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 125 y 125; “Capítulo 34 Garantías financieras” en Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. J. Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3ª edición, tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 616-619; Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2005” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, 2011, pp. 49 a 67.

³² A propósito de la transposición alemana, portuguesa, francesa, italiana, luxemburguesa, polaca, británica y española, Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 127 y 142.

³³ Vid. *Gray and others v G-T P Group Limited: Re F2G Realisations Limited (in liquidation)* [2010] EWHC-1772 (Ch), apartados 60 a 62: “60. The first is the provision of the second paragraph of Article 2.2 of the Directive which is reflected in the definition in the Regulations. It would be at least surprising if the Commission had thought it necessary to include the paragraph if control simply meant administrative control over the collateral rather than the legal right to control the collateral. One might ask rhetorically why one would want to state specifically that a right to withdraw excess financial collateral would not prevent the Regulations applying if the Regulations applied anyway when one could withdraw the entirety of the collateral as a matter of legal right. 61. The second point that I find compelling is the tenth Recital in the Directive which makes clear that the Directive is only intended to cover those financial collateral arrangements which provide for some form of dispossession. Whilst one might have some difficulty with the term “dispossession” as a matter of English law, it is relatively clear from the usage in the Directive that it is talking about a situation in which the legal right to the charged asset is removed from the collateral provider. That is not the case here since, as I have already pointed out in my treatment of the question of whether there is a floating charge at all, G-T-P has no legal right to use the money in the account at all until one of the events in Clause 3 takes place. 62. Thirdly, I accept professor Beale’s contention that “control” in the Directive is referring to negative control in the

de BEALE –citado en la sentencia del asunto *Gray*–, en la transposición británica el control negativo es esencial, mientras que el control positivo es opcional³⁴. En el asunto *Lehman Brothers*, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales evita la utilización de los términos control positivo y negativo y establece que una garantía financiera se considera válidamente constituida en el sentido de la FCAR³⁵, si los términos de su ‘aportación’ evidencian un grado de ‘posesión’ o ‘control’ del acreedor pignoraticio sobre el bien pignorado suficiente para considerar que el pignorante ha sido ‘desposeído’ en el sentido del considerando 10 de la Directiva 47/2002/CE³⁶.

sense that the collateral taker can prevent the collateral provider from dealing with the charged assets. If the collateral taker cannot prevent the collateral provider from dealing with the charged assets, the he does not in any legal sense have control. He only has control in an administrative or practical sense which is insufficient for the application of the Regulations”.

³⁴ Vid. H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER Y E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 398: “Positive control not required by FCAR: It is submitted that the Directive does not require this kind of ‘positive’ control. This is shown by the provisions on enforcement. Article 4 provides: “1. Member States shall ensure that on the occurrence of an enforcement event, the collateral taker shall be able to realise in the following manners, any financial collateral provided under, and subject to the terms agreed in, a security financial collateral arrangement: (a) financial instruments by sale or appropriation and by setting off their value against, or applying their value in discharge of, the relevant financial obligations; (b) cash by setting off the amount against or applying it in discharge of the relevant financial obligations”. Appropriation is possible only if this has been agreed by the parties in the ‘security financial collateral arrangement’; but the italicized words show that even the power of sale may be limited by the agreement, so that it might be agreed (for instance) that a court order is required. Lack of a power appropriate and any restrictions on sale in the agreement will not, it seems, prevent the financial collateral being under the collateral taker’s control. Therefore positive control, is not required; for the collateral taker to have ‘possession or control’, it suffices that the collateral taker [sic] cannot deal in the financial collateral”.

³⁵ La norma de transposición británica (*The Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations 2003*).

³⁶ Vid. *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) [2012] EWHC-2997 (CH)*, apartados 119 a 126 y 131 a 137: “119. The judge’s conclusion that control, in the sense of a legal right in the collateral taker to prevent the collateral provider having use of the charged property pending crystallisation, was an essential requirement of a security financial collateral arrangement was based on three main factors: see paragraphs 60 to 62. The first was that the express inclusion of the possession or control requirement in Article 2.2 of the Directive, coupled with the exception permitting the collateral provider to withdraw excess collateral, made little sense if the collateral taker needed only to show administrative rather than legal control. If administrative control was sufficient, then the limited exception of a right to withdraw excess collateral was mere surplusage. The second was that Recital 10 identified dispossession as the key to the striking of the balance between market efficiency and creditor protection. Without a legal right in the collateral taker to prevent the provider from withdrawing the charged property pending crystallisation, the provider was not in any relevant sense dispossessed. Thirdly, and consistent with the views of Professor Beale and others in the 2007 edition of *Law of Personal Property Security*, mere administrative control was not, viewed as an independent concept, control at all. 120. It goes without saying that Vos J’s analysis in the *Gray* case formed the bedrock of Mr Salter’s and Mr Moore’s submissions, and that Mr Milligan and Mr Snowden were constrained to submit that his analysis was wrong, and sufficiently clearly wrong for it to be appropriate for me not to follow it. 121. The decision in *Gray* was quickly followed by a series of critical articles from City commentators, by a fresh edition of Professor Beale and his colleagues’ book which recanted on a specific point upon which Vos J had relied, and then by a report of the Financial Markets Law Committee in December 2010, from a working group consisting of distinguished and experienced members of five City firms and two major banks, the gist of all which was to suggest that Vos J’s identification of a requirement on the collateral taker to demonstrate legal control over the financial collateral had largely denuded the FCARs of their intended beneficial effect, to the extent that further legislation was required. 122. The published articles to which I was referred included *Financial collateral: an opportunity missed*, by Robin Parsons and Matthew Denning (of Sidley Austin LLP) (2011) *Law and Financial Markets Review* 164, in May 2011; *The Financial Collateral Directive’s Practice in England*, by Look Chan Ho (of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP) [2011] *JIBLR*, Issue 4, and *What should we do about financial collateral?* by Louise Gullifer, (Professor of Commercial Law, University of Oxford) in *Current Legal Problems* (2012). 123. A common theme in all those materials (namely the publications, the fresh edition of Professor Beale’s book and the FMLC report) was that, although Vos J had recognised the need to identify an independent meaning for the phrase possession or control, he had then disregarded possession as a sufficient means of satisfying the test because of a narrowly English law view that possession was irrelevant to intangibles: see in particular Beale (op. cit.) at paragraph 3.38, and paragraphs 4.5 to 4.12 of the FMLC report. [...] In my judgment what needs to be shown (in order to bring a particular collateral arrangement within the protection of the FCARs), is that the terms upon which it is “provided” (Article 2.2) or “delivered, transferred, held, registered or otherwise designated” (Regulation 3) are such that there is shown to be sufficient possession or control in the hands of the collateral taker for it to be proper to describe the collateral provider as having been “dispossessed” (Recital 10). There will be cases in which the collateral is sufficiently clearly in the possession of the collateral taker that no further investigation of its rights of control is necessary. In other cases, such as the case before Vos J, it will be necessary to analyse the degree of control thereby conferred on the collateral taker. There may be some cases, in particular where there is no delivery, transfer or holding to or by the collateral taker, but merely some form of designation, where the collateral remains wholly in the possession of the collateral provider; but on terms which give a legal right to the taker to ensure that it is dealt with in accordance with its directions. 137.

21. En el ámbito del RDL 5/2005, en el supuesto de la garantía financiera en su modalidad de acuerdo de pignoración sobre efectivo depositado en una cuenta corriente, la interpretación más extendida del término ‘aportación’ incluido en el artículo 8 RDL 5/2005 exige que ésta atribuya al beneficiario el ‘control’ sobre los fondos de efectivo pignorados. El requisito de ‘control’ no quedaría suficientemente acreditado en los supuestos de mero acuerdo de pignoración o de mero acuerdo de transmisión en garantía de la facultad de restitución del depósito de dinero. Tampoco quedaría acreditado en aquellos supuestos en los que el depositario disponga de un derecho de retención ex artículo 1780 CC o un derecho de compensación con contracrédito propio. Sin embargo, hay varias configuraciones que sí atribuyen al acreedor pignoraticio un control en el sentido del artículo 8 del RDL 5/2005 y que dependen de si el acreedor pignoraticio es o no depositario de la cuenta en la que están ingresados los fondos. En primer lugar, existe control si el acreedor pignoraticio es también depositario de la cuenta en la que se encuentra ingresado el efectivo o cuando el acreedor pignoraticio adquiere por medio de una transmisión en garantía la titularidad del crédito contra el depositario del efectivo y existe, en ambos casos, además, un pacto de compensabilidad unilateral a favor del acreedor pignoraticio. En segundo lugar, existe control cuando media un acuerdo entre acreedor pignoraticio, pignorante y depositario que prevea la privación del pignorante de la facultad de restitución del depósito de dinero o la revocabilidad de esta facultad por el acreedor pignoraticio, además de un pacto marciano –que permite al acreedor pignoraticio la ejecución de la prenda por adjudicación directa– y un pacto de liquidez –que permite al acreedor pignoraticio acreditar la deuda mediante la expedición de un certificado de saldo–³⁷.

4. El modelo Draft Common Frame of Reference (DCFR)

22. El Proyecto del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)³⁸ es una propuesta formulada por la Comisión Europea que promueve la armonización de la regulación civil europea³⁹. El sistema DCFR prevé el ‘control’ como mecanismo de afección de los derechos reales de garantía constituidos sobre ‘activos financieros’. De acuerdo con el artículo IX.-3:204 DCFR, existe ‘control’ cuando el acreedor pignoraticio se encuentre en alguno de los tres supuestos siguientes. En primer lugar, siempre que medie el consentimiento previo del pignorante, cuando el acreedor pignoraticio haya ordenado a la entidad de crédito depositaria de la cuenta que no admita órdenes del pignorante sin el consentimiento del acreedor pignoraticio. Este supuesto está previsto para el escenario en el que los activos financieros se encuentran en una cuenta de titularidad del pignorante en el momento de la constitución del derecho real de garantía, si bien su poder de disposición queda limitado por el acuerdo de control. En el segundo supuesto, existe control cuando los activos financieros sean transferidos a una cuenta que no sea de titularidad ni del acreedor pignoraticio ni del pignorante⁴⁰. En el tercer supuesto, se presume el control del acreedor pignoraticio cuando éste sea también la entidad de crédito depositaria de la cuenta.

I also consider that Vos J was plainly correct to conclude, on the facts before him, that the possession or control test was not satisfied. At paragraphs 16 to 19 of his judgment he described the collateral provider’s money as held in a trust account in the name of the collateral taker at the Royal Bank of Scotland, on terms that the provider should have the uncontrolled right to call for that money, with no right of set-off being exercisable by the taker. The account was, pending crystallisation of the floating charge, a mere “conduit” between the collateral provider and its paying customers. In the language of the Directive and FCARs, there was no “dispossession”: see paragraph 61.”. Este sesgo negativo de la noción de control aparece recogido en algunas sentencias recientes del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, que exigen que únicamente se satisfice el requisito de control del beneficiario sobre los fondos pignorados cuando el pignorante no puede disponer libremente de ellos.

³⁷ Vid. “Capítulo 34 Garantías financieras” en Á. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO Y M. J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3ª edición, tomo II, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 616-619; K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 236 a 240.

³⁸ Vid. C. VON BAR, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, 6 Vol., Múnich, Sellier, 2009.

³⁹ Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 158 y 159.

⁴⁰ Parece que el DCFR se refiere a una cuenta parecida al sistema *escrow account* del sistema británico CREST.

5. El modelo Uniform Commercial Code (UCC)

23. Dado que ni la Directiva 47/2002/CE ni el ordenamiento jurídico español ofrecen una definición precisa del concepto de ‘control’, puede resultar útil acudir a otros ordenamientos jurídicos, en particular, al código estadounidense denominado *Uniform Commercial Code* (en adelante, UCC)⁴¹. El UCC prevé la inscripción en un registro público (*filing*) como sistema básico de afección de un objeto en garantía, aplicable a la mayoría de instrumentos financieros⁴². En la reforma del UCC del año 1999, el legislador amplía el ámbito de aplicación de la norma con el fin de incluir los gravámenes sobre cuentas de depósito de efectivo (*deposit accounts*), que hasta entonces no eran susceptibles de constitución de garantía. Para este tipo de garantía se prevé un mecanismo de afección específico basado en la noción de ‘control’ del acreedor pignoraticio, distinto del sistema de registro establecido para las demás garantías⁴³. ‘Control’, en el sentido que le atribuye el *American Law Institute* en los comentarios oficiales al código UCC, consiste en el poder de vender o disponer del objeto de la garantía sin necesidad de contar con el consentimiento del pignorante. El poder de disposición no tiene por qué ser exclusivo del acreedor pignoraticio, de modo que el pignorante puede mantener un poder de disposición sobre el objeto pignorado. El control compartido entre acreedor pignoraticio y pignorante satisface los requisitos del mecanismo de afección de la garantía definido por el UCC. La clave del ‘control’ reside en la independencia del consentimiento del pignorante de las operaciones futuras que desee llevar a cabo el acreedor pignoraticio sobre el bien pignorado. Las partes incluso pueden pactar que el acreedor pignoraticio solo esté facultado para ejercer el derecho de disposición de la garantía en el caso de incumplimiento del pignorante bajo la obligación principal garantizada, siempre que la disposición pueda ser efectuada por el acreedor pignoraticio sin el consentimiento previo del pignorante. El sistema de control diseñado por el UCC considera suficiente que el acreedor pignoraticio disponga de un control meramente positivo, esto es, no es necesario un control exclusivo de la cuenta que niegue el poder de disposición del pignorante⁴⁴.

24. El acreedor pignoraticio puede alcanzar el ‘control’ de una cuenta de depósito bien mediante la formalización de un acuerdo de control con la entidad de crédito que actúa como depositaria de la cuenta, o bien mediante el ingreso de los fondos en una cuenta de la que sea depositario el acreedor pignoraticio. En el primer supuesto, deben ser tres las partes las que formalicen el acuerdo de control, esto es, la entidad de crédito depositaria de la cuenta, el acreedor pignoraticio y el pignorante. Es importante destacar que la entidad de crédito depositaria de la cuenta queda obligada a seguir las instrucciones del acreedor pignoraticio con respecto a la disposición de fondos de la cuenta de depósito, incluso cuando reciba indicaciones del pignorante en sentido contrario. A los efectos de la satisfacción de los requisitos de control, es irrelevante que el acreedor pignoraticio tenga reconocidas contractualmente facultades de decisión sobre materias distintas de la disposición de fondos de la cuenta. En el segundo supuesto, cuando el acreedor pignoraticio es el titular de la cuenta de depósito sobre la que pesa el gravamen, los requisitos de ‘control’ se entienden automáticamente satisfechos. En el año 2010 el American Law Ins-

⁴¹ Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 142 y 154.

⁴² Artículo 8-106 UCC, Vid. <https://www.law.cornell.edu/ucc/8/8-106> (último acceso, 8/7/2021).

⁴³ § 9-104 UCC. Control Of Deposit Account. (a) [Requirements for control.] A secured party has control of a deposit account if: (1) the secured party is the bank with which the deposit account is maintained; (2) the debtor, secured party, and bank have agreed in an authenticated record that the bank will comply with instructions originated by the secured party directing disposition of the funds in the deposit account without further consent by the debtor; or (3) the secured party becomes the bank’s customer with respect to the deposit account. (b) [Debtor’s right to direct disposition.] A secured party that has satisfied subsection (a) has control, even if the debtor retains the right to direct the disposition of funds from the deposit account. Vid. <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-104> (último acceso, 8/7/2021).

⁴⁴ Esta solución pretende facilitar el desarrollo del negocio del pignorante, dado que el establecimiento de un control exclusivo del acreedor pignoraticio sería susceptible de mermar o encorsetar la actividad ordinaria. Las partes pueden pactar un sistema de cotitularidad solidaria o acordar que el pignorante se obligue a no disponer de los fondos cuando el saldo de la cuenta descienda por debajo de un determinado umbral.

titute y la Uniform Law Commission incluyeron un ejemplo en el comentario oficial según el cual una entidad de crédito que actúa como depositaria de una cuenta puede ejercer el ‘control’ en nombre de un tercero, por ejemplo, cuando actúa como entidad agente de un sindicato de bancos⁴⁵.

6. El poder de denegación de retirada de efectivo en la PSD2

25. En el contexto de la constitución de garantías financieras sobre cuentas de pago que pueden ser objeto de acceso por entidades TPP de acuerdo con la PSD2, debe ponerse en relación la noción de ‘control’ del artículo 2.2 de la Directiva 47/2002/CE con el ‘poder de denegación de retirada de efectivo’ establecido en el artículo 68.5 de la PSD2. Dispone el artículo que una entidad de crédito que actúa como ‘gestor de cuenta’ puede denegar el acceso a una cuenta de pago a una entidad TPP por “razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas relacionadas con el acceso no autorizado o fraudulento a la cuenta de pago por parte del proveedor de servicios de información sobre cuentas o el proveedor de servicios de iniciación de pagos, en particular con la iniciación no autorizada o fraudulenta de una operación de pago”⁴⁶. Sin perjuicio de su análisis más detallado *infra* IV.2, en aquellos supuestos en los que el acreedor pignoraticio sea también gestor de cuenta, parece que los términos de un acuerdo de garantía financiera debieran considerarse razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas que el acreedor pignoraticio puede aducir para evitar que una entidad TPP pueda acceder a los fondos de una cuenta de pago en contravención del acuerdo de garantía financiera. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el acreedor pignoraticio sea distinto del gestor de cuenta, resulta difícil imaginar que el gestor de cuenta esté dispuesto a denegar el acceso a una entidad TPP sobre la base de los términos de un acuerdo de garantía financiera en el que no actúa como acreedor pignoraticio y del que, en principio, tampoco es parte contractual.

⁴⁵ Vid. K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, pp. 151 y 152: “En el sistema UCC no existe ningún inconveniente para que varios acreedores perfeccionen su garantía mediante el control del mismo activo, en cuyo caso la prioridad corresponderá al acreedor que haya alcanzado antes el control (cfr. Artículos 9-327 y 9-328 UCC). También es posible que varios acreedores alcancen el control en el mismo momento, por ejemplo, cuando todos sean parte del mismo acuerdo de control. A efectos de la validez del acuerdo de control en este último caso, bastará que la entidad encargada consienta cumplir las órdenes de cualquiera de dichos acreedores, sin esperar el consentimiento del deudor. Con todo, es lógico que las partes determinen en su acuerdo multilateral interno la prioridad de los acreedores intervinientes. Así, el acreedor con un interés subordinado podrá disponer de los activos gravados solo cuando el acreedor con el interés preferente exprese su consentimiento. Evidentemente, el intermediario debe consentir este extremo, pues necesitará saber bajo qué condiciones podrá permitir que los acreedores dispongan de los bienes gravados. Esta fórmula del acuerdo de control no perjudica el control efectivo de ninguno de los acreedores a efectos de la perfección de la garantía, pues como se explica en el comentario oficial del UCC, la calve del control existe en la independencia del consentimiento del pignorante, y no de otros acreedores intervinientes”. Vid. Section 9-104. Control of Deposit Account, Comment: “3. Requirements for “Control.” This section derives from Section 8-106 of Revised Article 8, which defines “control” of securities and certain other investment property. Under subsection (a)(1), the bank with which the deposit account is maintained has control. The effect of this provision is to afford the bank automatic perfection. No other form of public notice is necessary; all actual and potential creditors of the debtor are always on notice that the bank with which the debtor’s deposit account is maintained may assert a claim against the deposit account. Example: D maintains a deposit account with Bank A. To secure a loan from Banks X, Y, and Z, D creates a security interest in the deposit account in favor of Bank A, as agent for Banks X, Y, and Z. Because Bank A is a “secured party” as defined in Section 9-102, the security interest is perfected by control under subsection (a)(1). Vid. Amendments To Uniform Commercial Code Article 9 Drafted By The National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws The American Law Institute Revised Article 9. Secured transactions 2010, disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ebf56140-0a72-508e-3021-b2c590c93e73&forceDialog=0>.

⁴⁶ En este supuesto, la entidad de crédito que actúa como gestor de cuenta debe informar al ordenante, de la manera convenida, de la denegación del acceso a la cuenta de pago y de los motivos para ello. El gestor de cuenta debe facilitar esa información al ordenante, de ser posible, antes de denegar el acceso y, a más tardar, inmediatamente después de la denegación, a menos que la comunicación de tal información ponga en peligro medidas de seguridad objetivamente justificadas o esté prohibida por otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho nacional.

7. Los derechos de sustitución y de retirada del excedente

26. En principio, el poder de disposición del pignorante sobre el saldo de la cuenta no es incompatible con la noción de ‘control’ y no perjudica la válida constitución de la garantía financiera⁴⁷. El artículo 2.2 de la Directiva 47/2002/CE y el artículo 9.1 del RDL 5/2005 prevén expresamente que el pignorante pueda ejercer un derecho de sustitución sobre el objeto pignorado, contra la simultánea aportación de un objeto que sustancialmente tenga el mismo valor para que sustituya el inicial⁴⁸. Aunque la Directiva 47/2002/CE y el RDL 5/2005 no perfilan los límites del derecho de sustitución, es evidente que el reconocimiento de un derecho de sustitución ilimitado a favor del pignorante puede llegar a mermar la acreditación del requisito de ‘control’ del acreedor pignoraticio y de ‘desposesión’ del pignorante. En el caso de las garantías financieras sobre efectivo depositado en cuenta corriente, la doctrina ha concretado como supuesto admisible de derecho de sustitución el de coposesión mancomunada. En este supuesto, existe un acuerdo entre el acreedor pignoraticio, el pignorante y el depositario, en virtud del cual el acreedor autoriza al pignorante a disponer del saldo con ciertas limitaciones. Las limitaciones pueden ser cualitativas –por ejemplo, la revocación total o parcial del poder de disposición del saldo en caso de incumplimiento del pignorante bajo la obligación principal garantizada–, cuantitativas –por ejemplo, la disposición del saldo que exceda un determinado saldo mínimo y hasta un importe máximo– o temporales –por ejemplo, el pignorante no puede disponer del saldo en ciertos periodos o tiene que acreditar un determinado saldo mínimo en determinadas fechas–. Las limitaciones también pueden ser subjetivas: en un modelo de control negativo el depositario solo atiende las órdenes de disposición del acreedor pignoraticio⁴⁹, mientras que en un modelo de control compartido o mancomunado el pignorante también

⁴⁷ Vid. H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER Y E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 399: “*Right of substitution: It is not fatal to the chargee having control within the meaning of the FCAR that the chargor can substitute collateral of equal value to the securities originally charged or even withdraw some of the collateral if there is an excess. The FCAR provide that: “---any right of the collateral-provider to substitute equivalent financial collateral shall not prevent the financial collateral being in the possession or under the control of the collateral-taker”. We earlier that such provisions will not necessarily prevent a charge being a fixed charge if only very specific substitutions are permitted, but that a more general freedom to substitute securities may well mean that the charge is only a floating charge. It seems that the FCAR contemplate only very limited rights of substitution, since ‘equivalent financial collateral’ is defined very narrowly as: “...in relation to financial instruments, financial instruments of the same issuer or debtor, forming part of the same issue or class of the same nominal amount, currency and description or, where the financial collateral arrangement provides for the transfer of other assets following the occurrence of any event relating to or affecting any financial instruments provided as financial collateral, those other assets...”. In effect, the debtor must not have any right to deal freely with the collateral if the collateral taker is to have possession or control”.*”

⁴⁸ Artículo 9.3 RDL 5/2005: “3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se considera como objeto de valor equivalente: Cuando el objeto consista en efectivo, el pago de un importe idéntico y en la misma divisa”.

⁴⁹ A propósito del control negativo contrato de depósito de efectivo en garantía, Vid. SAP Navarra, Sección 3ª, núm. 209/2008 de 4 diciembre de 2008 [Rec. 878/2009], FJ 3º: “[...] El tipo de garantía denominada “depósito en garantía” y fijada en el párrafo primero de la citada ley 474 es a la que el propio Fuero Nuevo hace referencia en la ley 463, si bien, llamándola “depósito de garantía” en la línea terminológica que lo hacía la Recopilación Privada. Y dicho tipo de garantía se corresponde con los presupuestos de la “prenda irregular”, figura jurídica ésta de construcción doctrinal y jurisprudencial. La causa de este “depósito” es garantizadora o, como se señalaba en la nota a la ley 486 de la Recopilación Privada “se trata de un depósito constituido con el fin de garantía, porque un depósito ordinario no puede convertirse en garantía por voluntad del depositario”. Por ello, en modo alguno puede compartirse la calificación jurídica que a la relación le otorga la parte demandada/apelada cuando sostiene que “es evidente que la relación jurídica debatida era simple y llanamente un préstamo del Gobierno de Navarra a Saizar en el que Caja Navarra no actuaba ni como pignorante, ni como depositario, ni en ninguna otra calidad. Simplemente no era parte en esa relación jurídica de préstamo”. Volvemos a reiterar, el Gobierno de Navarra, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Saizar, S.A.L. para con la Caja de Ahorros de Navarra derivadas de la línea de descuento y anticipo de facturas, depositó a favor de dicha entidad crediticia una determinada cantidad de dinero (240.404,84 €). Es cierto que el depósito de la cantidad se realiza en una cuenta bancaria a nombre de la empresa en crisis (deudor) ajena a este proceso, pero no menos cierto es que la constitución de dicho depósito se hizo “a favor” de Caja Navarra (acreedor) como lo prueba el hecho de que la cuenta 2054-0203-55-9126710766 abierta para este fin se encontrase “bloqueada” como así se atestigua a la luz tanto del documento número 4 B) de la demanda como del propio testimonio del señor Sabalza. El “bloqueo” de dicha cuenta no es cosa distinta a estos efectos del hecho de que el único disponente de la cantidad depositada en la misma fuera exclusivamente la Caja y al objeto de garantizar la línea de descuento y anticipo de facturas de la mercantil en situación de crisis. La ley 474, párrafo primero in fine, se refiere a ello cuando dispone “El acreedor adquiere la propiedad de las cosas depositadas en su poder con obligación de restituirlas al depositante, si procediere, conforme a lo establecido en el contrato”. El traspaso de la propiedad

puede dar órdenes de disposición al depositario sujetas a un saldo mínimo y la facultad de revocación de la orden por el acreedor pignoraticio⁵⁰. El derecho de retirada del excedente de garantía financiera en favor del pignorante no aparece concretado en la Directiva 47/2002/CE y el RDL 5/2005 omite cualquier referencia a la figura⁵¹. En la sentencia del asunto *Lehman Brothers*, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales interpreta que la noción de ‘excedente’ se refiere a la cantidad que excede el importe requerido para la amortización total de las obligaciones principales garantizadas⁵². Algunos autores han señalado, sin embargo, que esta interpretación es poco práctica, dado que el importe de responsabilidad máxima garantizada bajo la garantía financiera puede ser distinto –superior o inferior– al importe de amortización total de las obligaciones garantizadas y proponen que el ‘excedente’ se refiera al importe del saldo de la cuenta corriente gravada que exceda del importe bloqueado o indisponible que hayan establecido las partes en el acuerdo de garantía financiera⁵³.

III. La STJUE en el asunto *Private Equity Insurance Group y Swedbank AS*

1. Resumen del litigio

27. En el litigio principal una sociedad suscribió con una entidad de crédito un contrato tipo de cuenta corriente, que contenía una cláusula de garantía financiera en virtud de la cual los fondos de la

tiene por objeto la garantía del cumplimiento de cualquier obligación y, como además indica la ley 463 del Fuero Nuevo, no sólo la obligación, sino los efectos de su incumplimiento”. Citado en K. LYCZKOWSKA, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2013, nota al pie 414.

⁵⁰ En el caso *Spanair* en 2014 (SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 116/2014 de 3 de abril de 2014, *Rec. 491/2013*), la Audiencia Provincial de Barcelona establece que “para garantizar la efectividad del derecho real de prenda habrá que fijar un mínimo indisponible o incluir en el contrato mecanismos de indisponibilidad” y, a estos efectos, considera suficiente para cumplir con el requisito de control un acuerdo

entre las partes que establece que el pignorante tendrá libre disponibilidad de los fondos siempre que no incurra en un supuesto de incumplimiento bajo el contrato de crédito correspondiente, en cuyo caso no podrá disponer del dinero depositado sin el previo consentimiento escrito del banco (lo cual está en contradicción con el criterio del TJUE en el asunto *Private Equity Insurance Group y Swedbank AS* y del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en el asunto *Gray*, mucho más estrictos en su apreciación del requisito de control). Citado en L. DE OSMA GILLET, “Garantías financieras sobre cuentas corrientes y tratamiento en los supuestos de insolvencia del deudor (Sentencia del STJUE de 10 de noviembre de 2016)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 45, 2017, p. 110.

⁵¹ Aunque el RDL 5/2005 omite el derecho de retirada de efectivo del pignorante, cabe entender que el artículo 2.2 Directiva 47/2002 goza de efecto directo horizontal y que, en todo caso, las partes de acuerdo de garantía financiera pueden estipularlo expresamente en el contrato.

⁵² Vid. *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) [2012] EWHC-2997 (CH)*, apartado 147: “Here, there is only one class of collateral security, namely all property held by LBIE for LBF as custodian, and in my view the distribution of the parties’ respective rights to it, pending crystallisation, are insufficient to satisfy the possession or control requirement. This is because LBF retained, pending crystallisation, uncontrolled rights of recall and disposal of the property held in custody to a substantially greater extent than rights of substitution or withdrawal of excess, treating “excess” as referable to the whole of its liabilities for satisfaction of which the security existed. In short, leaving aside its debts to LBIE, LBF could do what it liked with the property, regardless of its liabilities to LBIE’s affiliates. I should add that neither Mr Milligan nor Mr Snowden gave reasons why I should separate out the security, as between LBF’s debts to LBIE and its debts to LBIE’s affiliates. Their submissions were aimed, almost from start to finish, at the more radical proposal which I have rejected, namely that LBIE had sufficient possession of LBF’s Property (merely as its custodial holder) to render any fine analysis of the extent of its rights of control pending crystallisation unnecessary”.

⁵³ Vid. L. C. Ho, “The Financial Collateral Directive’s Practice in England” en *Journal of International Banking Law & Regulation*, nº 4, 2011, p. 151: “There is some uncertainty as to the meaning of “any right of the collateral-provider to... withdraw excess financial collateral”: it is unclear whether an excess arises only to the extent that the value of the collateral exceeds the full value of the secured obligations or whether it can also be said to arise where it exceeds a specified threshold agreed by the parties. The use of thresholds is common and prudent practice to provide a margin to allow for fluctuations in value. Furthermore, if the amount of the secured obligations is, in practice, assessed by the collateral-provider, it is not entirely clear whether this prevents the collateral-taker having “control””; Geoffrey Yeowart y Robin Parsons, *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral* (Cheltenham: Elgar Financial Law and Practice, 2016): 171: “It is strongly arguable that despite the dictum in the *Lehman Extended Liens* case referred to above, ‘excess’ in any given case means the amount by which the value of the financial collateral exceeds the margin of security required to be held by the collateral-taker, as determined by the agreement between the collateral-taker and the collateral-provider”.

sociedad depositados en la cuenta corriente quedaban pignorados con el fin de asegurar el repago de las obligaciones de la sociedad frente a la entidad de crédito. Posteriormente, la sociedad fue declarada insolvente y, transcurridos unos meses desde la apertura del concurso de acreedores, la entidad de crédito retiró un importe equivalente aproximadamente a 274 euros para satisfacer la comisión de mantenimiento correspondiente al periodo que finalizaba con la fecha de apertura del procedimiento concursal⁵⁴.

28. La sociedad, representada por su administrador concursal, interpuso entonces una demanda judicial contra la entidad de crédito para recuperar dicha cantidad, invocando a este efecto el principio *par conditio creditorum*, que fue desestimada los órganos jurisdiccionales letones en primera y segunda instancia. La sociedad interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Letonia, que plantea cinco cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de las cuales solo fueron admitidas las dos siguientes: (i) ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2002/47/CE, relativo a la ejecución de una garantía financiera, atendiendo a los considerandos 1 y 4 de dicha Directiva, en el sentido de que este artículo se aplica únicamente a las cuentas que se utilizan para las liquidaciones en los sistemas de liquidación de valores, o en el sentido de que se aplica igualmente a cualquier cuenta abierta en un banco, incluida una cuenta corriente que no se utiliza para las liquidaciones de las operaciones con valores?; y (ii) ¿deben interpretarse los artículos 3 y 8 de la Directiva 2002/47/CE, atendiendo a sus considerandos 3 y 5, en el sentido de que la finalidad de la Directiva es garantizar un tratamiento prioritario especialmente favorable para las entidades de crédito en los casos de insolvencia de sus clientes, en particular frente a otros acreedores de esos clientes, tales como los trabajadores, en cuanto a sus reclamaciones salariales, el Estado, en cuanto a sus reclamaciones fiscales, y los acreedores garantizados, cuyos créditos están cubiertos mediante garantías amparadas por la fe pública registral?

29. En relación con la primera cuestión prejudicial el TJUE establece que no se puede considerar que el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2002/47/CE se limite a los fondos depositados en cuentas que se utilizan para los sistemas de pagos y de liquidación de valores contemplados en la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, sino que incluye también los fondos depositados en una cuenta corriente bancaria a los efectos de la constitución de una garantía financiera. En relación con la segunda cuestión, el TJUE considera (i) que el requisito relativo a la prestación de la garantía financiera tiene por objeto garantizar que el beneficiario designado en el acuerdo de garantía financiera pueda efectivamente disponer de ella si se produce un acontecimiento de ejecución, de modo que solo cabe considerar que el beneficiario de una garantía prestada sobre fondos depositados en una cuenta bancaria ordinaria tiene estos fondos en su ‘poder’ o ‘bajo su control’ si se impide al pignorante disponer de ellos; y (ii) los fondos depositados en la cuenta después de la declaración de concurso no se beneficiarán del régimen de la Directiva 47/2002/CE⁵⁵.

30. A propósito del pronunciamiento sobre la prestación de la garantía financiera, el TJUE comienza por señalar que la Directiva 2002/47/CE no especifica en qué circunstancias se cumple el criterio de que la garantía ‘obre en poder o esté bajo el control’ del beneficiario en caso de garantía incorporal, como ocurre en el litigio principal, sobre fondos depositados en una cuenta bancaria (apartado 38). No obstante, a falta de una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, este criterio debiera ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta su tenor, su contexto y el objetivo perseguido (apartado 39). A este respecto, del considerando (10) de la Directiva 2002/47 se desprende que ésta pretende establecer un equilibrio entre, por un lado, la eficiencia del mercado, evitando los formalismos que rodean la prestación de una garantía financiera, y, por otro lado, la seguridad de las partes en el acuerdo de garantía financiera y de los terceros, al exigir que las garantías

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) 10 de noviembre de 2016, C-156/15, *Private Equity Insurance Group, SIA y “Swedbank” AS*, ECLI:EU:C:2016:856, §§12 a 20.

⁵⁵ Vid. L. DE OSMA GILLET, “Garantías financieras sobre cuentas corrientes y tratamiento en los supuestos de insolvencia del deudor (Sentencia del STJUE de 10 de noviembre de 2016)” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 45, 2017, pp. 108-111.

financieras se presten bajo alguna forma de desposesión (apartado 40). El requisito relativo a la prestación de la garantía financiera tiene por objeto garantizar que el beneficiario designado en el acuerdo de garantía financiera pueda, efectivamente, disponer de ella si se produce un acontecimiento de ejecución (apartado 41). Por consiguiente, sólo cabe considerar que el beneficiario de una garantía prestada sobre fondos depositados en una cuenta bancaria ordinaria, tiene estos fondos en su ‘poder’ o ‘bajo su control’ si puede impedir al pignorante disponer de ellos (apartado 44). Por otra parte, el artículo 2.2 segunda frase de la Directiva 2002/47 dispone que los derechos de sustitución o de retirada del excedente de garantía financiera en favor del pignorante se entienden sin perjuicio de que la garantía financiera se haya prestado al beneficiario, pero es importante puntualizar que los requisitos de la prestación –las nociones de ‘poder’ o ‘bajo su control’– no se considerarían propiamente satisfechos si estos derechos de sustitución o de retirada del excedente fueran más allá de lo previsto en la Directiva 47/2002/CE, por ejemplo, en el caso de que el titular de la cuenta pueda disponer libremente de los fondos (apartado 43).

31. Merece la pena resumir en este punto las conclusiones del Abogado General, que profundizan más en la noción de ‘control’ que la sentencia del TJUE y hacen suyo el razonamiento de las dos sentencias citadas *supra* del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en los asuntos *Gray* y *Lehman Brothers* a propósito del considerando 10 y del artículo 2.2 de la Directiva 47/2002/CE. Coincide el Abogado General en señalar que la prestación de la garantía presupone que el beneficiario pueda impedir al pignorante disponer de la misma. Esto implica que el acreedor pignoraticio debe tener el control ‘legal’ sobre el objeto de la garantía, siendo insuficiente un mero control administrativo o práctico, en particular cuando el pignorante tiene derecho a disponer sin límite alguno de los fondos en cuestión (apartados 44 a 46). El Abogado General señala que la Comisión Europea sostuvo en la vista la misma postura adoptada por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido en los asuntos citados y que las consideraciones que les llevaron a rechazar la tesis según la cual el mero control administrativo sobre el objeto de la garantía es suficiente son igualmente pertinentes en el presente asunto en relación con la interpretación del artículo 2.2 de la Directiva 2002/47 (apartado 48). La exigencia relativa a que la garantía ‘obre en poder o esté bajo el control’ del acreedor pignoraticio, prevista en el artículo 2.2 quedaría desprovista de todo efecto útil si se interpretara en el sentido de que cubre la situación en la que el pignorante puede continuar disponiendo del objeto de la garantía libremente. Si bien el artículo 2.2 permite aplicar las técnicas de garantía que facultan al pignorante a sustituirla o a retirar el excedente, puede deducirse, en sentido contrario, que conceder derechos más amplios al pignorante entrañaría que no se cumplieran los requisitos de prestación de la garantía. Concluye el Abogado General que, en el caso de una garantía prestada en efectivo y depositada en una cuenta, que la garantía obre en poder o esté bajo el control del beneficiario implica necesariamente que éste no sólo disponga de un control práctico sobre la cuenta objeto de la garantía, sino que también tenga el derecho a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante, en la medida que sea necesaria para garantizar las obligaciones principales (apartado 51).

2. Implicaciones de la Sentencia *Swedbank* para la constitución de garantías financieras formalizadas de acuerdo con la Directiva 47/2002/CE

32. La sentencia *Swedbank* introduce algunas novedades que afectan a la garantía financiera en su modalidad de acuerdo de pignoración sobre efectivo depositado en una cuenta corriente formalizada de acuerdo con el RDL 5/2005. En primer lugar, tanto en los supuestos en los que el acreedor pignoraticio es también depositario de la cuenta en la que se encuentra ingresado el efectivo como en aquellos en los que el depositario es un tercero, parece necesario un acuerdo de control en virtud del cual el acreedor pignoraticio obtenga un control ‘legal’ que vaya más allá del mero ‘control administrativo’ de la cuenta de depósito, de modo que se garantice su derecho a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante en la medida que sea necesaria para garantizar las obligaciones principales. En este sentido, la cláusula en virtud de la cual queda bloqueado un determinado importe del saldo de la cuenta de depósito parece la más congruente con la noción de ‘control’ establecida en la sentencia. Por el contrario,

la facultad de revocación del poder de disposición del saldo limitada al caso de incumplimiento del pignorante bajo la obligación principal garantizada –admitida por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia del asunto *Spanair*⁵⁶– no parecería compatible con la noción de ‘control’ establecida por el TJUE– y, en general, cualquier cláusula que permita al pignorante disponer íntegramente del saldo de la cuenta, aunque solo sea en determinadas fechas o periodos o con la obligación de acreditar un saldo mínimo en determinadas fechas cuantitativas. En el caso de las cláusulas que imponen limitaciones subjetivas parecen admisibles los modelos de control negativo del acreedor pignoraticio –por ejemplo, el modelo analizado en la sentencia de Audiencia Provincial de Navarra⁵⁷– así como de control mancomunado de acreedor pignoraticio y pignorante, especialmente en los supuestos en los que cada disposición singular del saldo está sujeta a autorización del acreedor pignoraticio, pero no aquellas que prevén una mera facultad de revocación del acreedor pignoraticio de la orden de disposición cursada por el pignorante. Como ejemplo de seguimiento específico de la doctrina de la Sentencia *Swedbank*, se puede citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que estima cumplido el requisito de ‘aportación’ en un supuesto en el que las pólizas de prenda contienen un pacto de traslado posesorio complementado con una prohibición de disposición del saldo pignorado sin el consentimiento previo y por escrito del acreedor pignoraticio⁵⁸. En segundo lugar, el poder de disposición del pignorante sobre el saldo de la cuenta quedaría reducido a dos supuestos expresamente compatibles con la noción de control: el derecho de sustitución y –aunque el RDL 5/2005 no lo reconoce expresamente– el derecho de retirada del excedente. El derecho de sustitución queda condicionado a la aportación de un objeto de valor equivalente –en el caso de cuentas de depósito de efectivo, el pago de un importe idéntico y en la misma divisa–, mientras que el derecho de retirada del excedente de garantía financiera en favor del pignorante queda limitado al importe del saldo de la cuenta corriente gravada que exceda del importe bloqueado o indisponible que hayan establecido las partes en el acuerdo de garantía financiera, aunque es cierto que la sentencia del TJUE solo enuncia este derecho como compatible con la noción de control, pero no explicita el contenido preciso del mismo.

33. En el caso de la constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo integradas en contratos de centralización de tesorería, cabe realizar las siguientes observaciones con respecto a los distintos modelos de saldo disponible por parte del pignorante. En el supuesto del modelo *zero balancing*, la cláusula que permite al pignorante disponer libre o íntegramente del efectivo depositado en cuenta, parece que es incompatible con el criterio establecido en la Sentencia *Swedbank* en vista de que no asegura el derecho del acreedor pignoraticio a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante, en la medida que sea necesaria para garantizar el repago de las obligaciones principales. Sin embargo, el modelo *target balancing* sí parece compatible con el derecho del acreedor pignoraticio a impedir la retirada de efectivo, siempre que la garantía financiera establezca un importe de efectivo indisponible para el pignorante igual o inferior al importe del saldo *target* de la cuenta y que sea suficiente para asegurar el repago de las obligaciones principales. A este respecto, conviene observar que el bloqueo de un importe significativo del saldo de la cuenta es susceptible de extraer flujos de caja necesarios para el ciclo de negocio y encorsetar la actividad del pignorante. De acuerdo con una interpretación estricta del criterio definido en la Sentencia *Swedbank*, las partes deberían, en el momento de la formalización de la garantía financiera, acordar el importe mínimo de saldo indisponible por el pignorante que sea adecuado para asegurar el repago de las obligaciones garantizadas hasta la fecha de amortización final. Por otra parte, de acuerdo con una interpretación más flexible del derecho del acreedor pignoraticio de impedir la retirada de efectivo, las partes del acuerdo de garantía financiera deberían poder ir ajustando periódicamente el importe de saldo indisponible a las circunstancias de la financiación –por ejemplo, a los hitos de amortización del principal o a la evolución del flujo de caja– en lugar de fijar ya en la fecha de formalización un umbral de saldo inamovible.

⁵⁶ SAP Barcelona, Sección 15.^a, núm. 116/2014 de 3 de abril de 2014 [Rec. 491/2013].

⁵⁷ SAP Navarra, Sección 3.^a, núm. 209/2008 de 4 diciembre de 2008 [Rec. 878/2009].

⁵⁸ SAP Madrid, Sección 28.^a, núm. 331/2019 de 21 de junio de 2019 [Rec. 5961/2019].

34. Con respecto a la constitución de garantías financieras sobre ‘cuentas de pago’ definidas en la PSD2, interesa poner en relación la noción de ‘control’ en el sentido que le atribuye la Sentencia *Swedbank* con la noción de ‘limitaciones de acceso a la cuenta de pago’ prevista en el artículo 68.5 de la PSD2⁵⁹. De acuerdo con el artículo 68.5 de la PSD2 el gestor de cuenta puede denegar el acceso a una cuenta de pago a una entidad TPP por “razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas” relacionadas con el acceso no autorizado o fraudulento a la cuenta de pago por parte de la entidad TPP. En aquellos supuestos en los que el acreedor pignoraticio sea también gestor de cuenta, parece que los términos de un acuerdo de garantía financiera debieran considerarse razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas que el acreedor pignoraticio puede aducir para evitar que una entidad TPP pueda acceder a los fondos de una cuenta de pago en contravención del acuerdo de garantía financiera. En este caso, el poder de denegación del acceso a la cuenta de pago sería congruente con la noción de ‘control’ exigida por *Swedbank*, esto es, “el derecho a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante, en la medida que sea necesaria para garantizar las obligaciones principales”⁶⁰. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el acreedor pignoraticio sea distinto del gestor de cuenta, resulta difícil imaginar que el gestor de cuenta esté dispuesto a denegar el acceso a una entidad TPP sobre la base de los términos de un acuerdo de garantía financiera en el que no actúa como acreedor pignoraticio y del que, en principio, tampoco es parte contractual. Aunque solo fuera por el riesgo de reputación que entrañaría una actuación de esta naturaleza, parece poco probable que un gestor de cuenta esté dispuesto a intervenir en una disputa contractual entre dos terceros. El supuesto en el que el gestor de cuenta es distinto del acreedor pignoraticio puede suponer una dilución significativa del ‘control’ que exige la Sentencia *Swedbank* dado que el acreedor pignoraticio no dispone –o es improbable que disponga– de un recurso contractual eficaz que le permita impedir la retirada de los fondos de efectivo pignorados. Esta dilución del control quizá se podría prevenir mediante la formalización de un acuerdo de control en el que participen como partes contractuales el pignorante, el acreedor pignoraticio, el gestor de cuenta y la entidad TPP. A este respecto, interesa señalar que los modelos diseñados en el Proyecto del Marco Común de Referencia y en el *Uniform Commercial Code* mencionados *supra* III permite a las partes pactar en el acuerdo de control que el gestor de cuenta se obliga a seguir puntualmente las instrucciones del acreedor pignoraticio con respecto a la disposición del saldo de la cuenta. Asimismo, el modelo UCC permite expresamente al gestor de cuenta actuar en representación de otras entidades de crédito⁶¹.

35. Aunque la materia sigue siendo objeto de cierta especulación y cualquier aproximación es, inevitablemente, hipotética, con respecto a la constitución de garantías financieras sobre ‘cuentas de pago’ definidas en la PSD2 que se enmarquen en futuros contratos de centralización de tesorería basados en *blockchain*, conviene apuntar algunas posibles dificultades. De forma similar a lo expuesto para los acuerdos basados en *open banking*, en aquellos supuestos en los que coincidan en un mismo sujeto el gestor de cuenta y el acreedor pignoraticio, parece que el artículo 68.5 de la PSD2 aseguraría al acreedor pignoraticio un control suficiente del efectivo pignorado, mientras que en el supuesto de que no coincidan

⁵⁹ Vid. artículo 68.5 PSD2: “Un proveedor de servicios de pago gestor de cuenta podrá denegar el acceso a una cuenta de pago a un proveedor de servicios de información sobre cuentas o un proveedor de servicios de iniciación de pagos por razones objetivamente justificadas y debidamente documentadas relacionadas con el acceso no autorizado o fraudulento a la cuenta de pago por parte del proveedor de servicios de información sobre cuentas o el proveedor de servicios de iniciación de pagos, en particular con la iniciación no autorizada o fraudulenta de una operación de pago. En tales casos, el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta informará al ordenante, de la manera convenida, de la denegación del acceso a la cuenta de pago y de los motivos para ello. Esa información será facilitada al ordenante, de ser posible, antes de denegar el acceso y, a más tardar, inmediatamente después de la denegación, a menos que la comunicación de tal información ponga en peligro medidas de seguridad objetivamente justificadas o esté prohibida por otras disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. El proveedor de servicios de pago gestor de cuenta permitirá el acceso a la cuenta de pago una vez dejen de existir los motivos para denegar el acceso”.

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de noviembre de 2016, C-156/15, *Private Equity Insurance Group, SIA* y “*Swedbank*” AS; ECLI:EU:C:2016:856, §51.

⁶¹ Vid. Section 9-104. Control of Deposit Account, Comment: “3. Requirements for “Control.”, disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ebf56140-0a72-508e-3021-b2c590c93e73&forceDialog=0>, acceso el 21 de julio de 2021.

gestor de cuenta y acreedor pignoraticio existiría un riesgo de dilución del control que exige la Sentencia *Swedbank*. Un elemento que podría alterar significativamente la constitución de garantías financieras sobre cuentas de efectivo en el futuro es la implantación de un sistema de pagos sin intermediarios, en particular la creación del Euro digital basado en tecnología DLT como medio de pago, tal y como ha anunciado el Banco Central Europeo en julio de 2021⁶². La realización de cobros y pagos directamente por el pignorante con origen y destino en cuentas virtuales en la divisa Euro digital pone en duda la utilidad misma de las cuentas bancarias tradicionales y de la constitución de garantías financieras sobre las mismas. La pérdida de protagonismo de la cuenta bancaria como mecanismo de pagos –y su menor atractivo potencial como *collateral*– plantea la necesidad de extender el ámbito de aplicación del régimen de garantías financieras al entorno DLT, posiblemente mediante la regulación de un *smart contract* específico. Por otra parte, suponiendo que el efectivo depositado en cuentas bancarias siga conservando un valor económico suficiente como para que las partes financiadoras deseen constituir garantías financieras sobre ellas, cabe preguntarse acerca de los términos en los que el acreedor pignoraticio puede seguir ejerciendo el ‘control’ sobre el efectivo pignorado. De acuerdo con el planteamiento tradicional –congruente con una interpretación estricta de la Sentencia *Swedbank*–, el pignorante y el acreedor pignoraticio pueden pactar la conservación de un saldo mínimo indisponible en la cuenta bancaria. Sin embargo, como es sabido, este modelo es susceptible de encorsetar la actividad de negocio del pignorante y para el acreedor pignoraticio tiene la desventaja de que no se ajusta a las fluctuaciones del riesgo de crédito de la actividad financiada. Si las partes optan por un modelo que permita ajustar el importe de saldo indisponible a las fluctuaciones del riesgo de crédito, parece que el sistema de garantías complementarias (*margin calls*) del artículo 10 RDL 5/2005 pactado en el acuerdo de garantía financiera no solo debiera abarcar los fondos de efectivo ingresados en cuentas bancarias expresados en Euro u otras divisas, sino que debiera tener también un correlato en forma de *smart contracts* operativos en el entorno DLT para ser plenamente eficaz con respecto a los fondos expresados en Euro digital u otras divisas digitales que puedan surgir en el futuro⁶³.

IV. Conclusiones

36. La sentencia *Swedbank* introduce algunas novedades que afectan a la garantía financiera en su modalidad de acuerdo de pignoración sobre efectivo depositado en una cuenta corriente formalizada de acuerdo con la Directiva 47/2002/CE y el RDL 5/2005. En primer lugar, tanto en los supuestos en los que el acreedor pignoraticio es también depositario de la cuenta en la que se encuentra ingresado el efectivo como en aquellos en los que el depositario es un tercero, parece necesario un acuerdo de control en virtud del cual el acreedor pignoraticio obtenga un control ‘legal’ que vaya más allá del mero ‘control administrativo’ de la cuenta de depósito, de modo que se garantice su derecho a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante en la medida que sea necesaria para asegurar el repago las obligaciones principales. En segundo lugar, el poder de disposición del pignorante sobre el saldo de la cuenta quedaría reducido a dos supuestos expresamente compatibles con la noción de control: el derecho de sustitución y –aunque el RDL 5/2005 no lo reconoce expresamente– el derecho de retirada del excedente.

37. Los contratos de centralización de tesorería han tenido un desarrollo notable en los últimos años. Sin embargo, la dotación obligatoria de colchones de capital que pesa sobre las entidades de cré-

⁶² Vid. Nota de prensa: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714~d99198ea23.en.html>; Informe Digital euro experimentation scope and key Learnings: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.digitaleuroscopekeylearnings202107~564d89045e.en.pdf>, acceso el 21 de julio de 2021.

⁶³ En el contexto de una financiación corporativa o de necesidades de activo circulante, las partes suelen acordar un perímetro de garantías financieras, que incluye (i) las denominadas filiales materiales, esto es, aquellas filiales cuya actividad represente un determinado porcentaje –generalmente el 5%– de los ingresos, del resultado neto de explotación antes de amortizaciones (EBITDA) y de los activos totales del grupo consolidado; y (ii) aquellas otras filiales que, sin cumplir los requisitos para ser consideradas materiales, cuya actividad sumada a la de la sociedad holding y las filiales materiales alcance un determinado porcentaje –generalmente, entre el 75% y el 90%– de los ingresos, del resultado neto de explotación antes de amortizaciones (EBITDA) y de los activos totales del grupo consolidado.

dito que suelen administrar estos contratos conduce a las entidades a decantarse por el modelo de *cash pooling* físico, que resulta menos atractivo para el cliente, en detrimento del modelo de *cash pooling* nocial, que implica mayor transparencia y agilidad operativa para el cliente. En este contexto, los términos de la Sentencia *Swedbank* añaden un desincentivo más para la administración de este tipo de acuerdos por parte de entidades de crédito. Dado que la noción de control de la Sentencia *Swedbank* pivota sobre la idea de que el acreedor pignoraticio debe poder impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante, queda excluida la constitución de garantías financieras en el modelo *zero balancing* y queda limitado el efectivo disponible en el modelo *target balancing*. No es descartable que este estado de cosas contribuya a la implantación de entidades TPP como gestoras de contratos de centralización de tesorería, lo que suscita, a su vez, la pregunta de si les serían de aplicación y en qué términos las normas de solvencia bancaria de los Acuerdos de Basilea III.

38. La implantación de herramientas *smart treasury* basadas en *open banking* pueden contribuir a la generalización de los servicios de ‘liquidez en tiempo real’ y de gestión centralizada de cobros y pagos. Sin embargo, desde la perspectiva de una parte financiadora que no administra la tesorería del grupo, este tipo de herramientas pueden incrementar la opacidad y dificultar la supervisión del flujo de caja de la parte financiada, lo que puede incrementar el coste financiero. En el caso de las cuentas de *cash pooling* con participación de herramientas *smart treasury*, conviene distinguir entre la noción de ‘control’ a los efectos de la constitución de la garantía financiera en el sentido del artículo 8 del RDL 5/2005 y el poder de ‘denegación de acceso a los fondos’ de la cuenta de pago que asiste al gestor de cuenta de acuerdo con el artículo 68.5 de la PSD2. Si el acreedor pignoraticio no es gestor de cuenta, es improbable que el gestor de cuenta quiera entrar a valorar posibles supuestos de incumplimiento que dan lugar a la ejecución de la garantía o solicitudes de garantía complementaria, por lo que parece recomendable formalizar acuerdos de control adicionales a la garantía financiera en los que actúen como partes contratantes el pignorante, el acreedor pignoraticio, el gestor de cuenta y la entidad TPP.

39. A día de hoy solo tienen consideración de ‘cuentas de pago’ las cuentas de depósito administradas por entidades de crédito, que son las únicas que permiten almacenar efectivo, lo que excluye los interfaces y cuentas puente de las entidades TPP previstas en la PSD2. Con respecto a las cuentas virtuales *blockchain* que puedan llegar a existir en el futuro, la implantación de un sistema de pagos sin intermediarios, en particular la creación del Euro digital basado en tecnología DLT como medio de pago, tal y como ha anunciado el Banco Central Europeo en julio de 2021 puede disminuir el atractivo de las cuentas corrientes bancarias como objeto de constitución de una garantía financiera y plantea la necesidad de extender el ámbito de aplicación del régimen de garantías financieras al entorno DLT, posiblemente mediante la regulación de un *smart contract* específico.

DERECHO DE DEFENSA, DESCONOCIMIENTO DEL
IDIOMA Y FALTA DE NOTIFICACIÓN. EL ORDEN PÚBLICO
INTERNACIONAL Y EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS
ARBITRALES

RIGHT OF DEFENSE, UNKNOWLEDGE OF LANGUAGE AND
LACK OF NOTIFICATION. THE INTERNATIONAL PUBLIC
POLICY AND THE EXECUTIVE OFFICE OF ARBITRAL
AWARDS

CARMEN MARÍA NORIEGA LINARES

Doctoranda en Derecho por la Universidad de Murcia.

Letrada colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia.

Recibido:29.11.2021 / Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6715>

Resumen: El derecho de defensa se manifiesta de múltiples formas en el proceso arbitral, ya sea con algo tan básico como el idioma en que se desarrollan las actuaciones como las notificaciones de inicio de un procedimiento en contra. La consecuencia de la vulneración de este derecho conlleva la denegación del reconocimiento del laudo en base al orden público internacional, pues se priva a una parte de un principio básico reconocido y protegido a nivel nacional e internacional.

No obstante, la determinación de cuándo un hecho ocurrido constituye verdaderamente la aplicación de la excepción no es una cuestión baladí, sino que deberán darse una serie de presupuestos para considerar que se ha privado a una parte de su derecho de defensa.

Palabras clave: arbitraje, idioma, sede arbitral, arbitraje online, arbitraje en Internet, notificaciones.

Abstract: The right of defense is manifested in multiple ways in the arbitration process, either with something as basic as the language in which the proceedings are carried out, such as notifications of the initiation of a proceeding against. The consequence of the violation of this right entails the denial of recognition of the award based on international public policy, since a party is deprived of a basic principle recognized and protected at the national and international level.

However, the determination of when an event that has occurred truly constitutes the application of the exception is not a trivial matter, but a series of assumptions must be given to consider that a part of its right of defense has been deprived.

Keywords: arbitration, language, seat of arbitration, online arbitration, arbitration through the Internet, notifications.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. El idioma del arbitraje. 1. La importancia de la sede del arbitraje. 2. Arbitrajes a través de Internet. III. Falta de notificación del inicio del arbitraje. IV. El Orden Público Internacional. 1. Orden público internacional y derecho de defensa. 2. Orden público internacional y autonomía de la voluntad. V. Conclusiones.

I. Planteamiento de la cuestión

1. En el presente trabajo se van a estudiar varios aspectos relacionados con el arbitraje y para ello se van a utilizar como soporte los autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Civil y Penal de 19 de enero y de 17 de febrero, ambos de 2021. En dichos autos se plantean una serie de cuestiones a raíz de dos procedimientos de exequátur de laudos dictados en el extranjero, las cuales pueden resultar determinantes para conceder o denegar el reconocimiento, ya que podrían poner de manifiesto una vulneración de los derechos de defensa producidos en el procedimiento arbitral que constituirían una violación del orden público internacional del Estado receptor. Por tanto, se va a estudiar cómo un hecho producido en el procedimiento arbitral va a tener consecuencias en otro procedimiento posterior y en un país distinto.

2. En el primero de ellos, el de 19 de enero, se insta el reconocimiento de un laudo con origen ucraniano en el que se obligaba a la parte demandada a realizar una serie de pagos a la demandante debido a un incumplimiento de contrato. La demandada se opone en su contestación en base al artículo V del Convenio de Nueva York (CNY en adelante)¹. Más específicamente se basa en el apartado 1.b), que trata sobre la falta de notificación del arbitraje, de la designación del árbitro o la imposibilidad de hacer valer sus medios de defensa por cualquier otra cuestión; y en el apartado 2.b) relativo al orden público y su vulneración en caso de reconocimiento del laudo.

3. Por su parte, el auto de 17 de febrero de 2021 versa también sobre el reconocimiento de un laudo dictado en Ucrania como consecuencia de otro incumplimiento de contrato. Entre los motivos que alegó la demandada en su escrito de oposición, hay que destacar que invoca el desconocimiento de la existencia de ningún procedimiento, además de no haber sido notificada de la demanda en momento alguno, a pesar de residir en Madrid desde el 2003, lugar en el que se firmó el contrato al tener ambas partes domicilio habitual en España.

4. Antes de comenzar con un análisis más detallado, es necesario recordar algo que parece haber sido olvidado por el TSJ, puesto que en ambos autos indica que se aplica el CNY “*por expresa referencia del art. 46.2 de la LA*”. Sin embargo, no hay que perder de vista que España se ha adherido al CNY y esta adhesión ha sido publicada en el BOE, lo que conlleva que el CNY forme parte del ordenamiento jurídico interno. Esta previsión se establece en la Constitución Española, más concretamente en el art. 96.1 CE el cual indica que “*(l)os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*” No hay que dejarse llevar por la terminología y considerar que únicamente los tratados pueden considerarse como normativa interna, pues “*(e)llo no significa que resulte imposible la introducción de otras normas internacionales, sino más bien que la integración de las mismas habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando éstos formen parte del ordenamiento español. La expresión “tratado” no comprende todas las posibles normas internacionales. El artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, define al tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular”*”³.

5. S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ indica que “*la mayoría de nuestros constitucionalistas más preclaros no han prestado la atención que viene reclamando el Derecho Internacional como fuente de producción de normas, quizás porque todavía lo siguen considerando, de manera inconsciente, periférico respecto*

¹ Adherida España mediante el Instrumento de Adhesión publicado en el BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, págs. 15511 a 15512. (Ref. BOE-A-1977-15727.)

² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. (Ref. BOE-A-2003-23646)

³ J.L. REQUEJO PAGES, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el Ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Núm. 34. Enero-abril 1992. Págs. 41-66. Ref. Pág. 48.

del ordenamiento interno”⁴. Sin embargo, los instrumentos de Derecho internacional cobran una gran relevancia en los sistemas nacionales. Concretamente en el caso español, una vez que estos tratados, convenios, reglamentos... en general, instrumentos internacionales, han sido publicados en el BOE se introducen en la legislación nacional española. Y es que “*la eficacia de los tratados en el Derecho internacional privado español deriva de los cauces habituales de las denominadas “relaciones de sistemas”*”. Junto a los artículos 93 a 96 de la CE, y el artículo 1. 5^º del Código civil en tanto que mecanismos de base de la integración de las normas internacionales en el Derecho interno, hay que tener en cuenta que existen en el Derecho internacional privado español numerosas cláusulas de remisión a los tratados internacionales”⁶, por lo que se integran en el ordenamiento jurídico español y se convierten en ley aplicable en territorio español.

6. El Tribunal Constitucional indicó en relación con los tratados internacionales que éstos “*(...) se inserta(n) en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, (y mientras que no hayan) (...), institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez publicado oficialmente el tratado, (éste) forma parte del ordenamiento interno.*”⁷ Y es que “*(l)as normas contenidas en los Tratados obligan a España desde su entrada en vigor en el orden internacional en la fecha pactada por las Partes y en cuanto tales tratados son fuente directa y plenamente eficaces en el derecho interno, una vez publicados oficialmente, siendo susceptibles de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos*”.⁸ Todo ello se debe a que los tratados internacionales “*(...) al integrarse en el derecho español, su naturaleza de norma internacional y su especial eficacia jurídica. En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta en el propio derecho internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución*”.⁹

7. De todo lo anterior se desprende i) que el término tratado se refiere a todos los instrumentos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regido por Derecho internacional, sea cual sea su denominación, de conformidad con el art. 2.1 del Convenio de Viena; ii) que una vez que éstos instrumentos han sido publicados en el BOE y su contenido no ha sido denunciado por ser contrario a la CE forman parte del derecho interno español; iii) que los tratados tienen entidad suficiente para crear derechos y obligaciones y, al integrarse en el sistema español, tienen aplicabilidad directa, tal y como dicta el art. 1.5 CC; y, finalmente, (iv) que su naturaleza de norma internacional le otorga primacía sobre el derecho interno.

8. En base a todo lo expuesto se puede concluir que los instrumentos internacionales ratificados por España, como es el caso del CNY, se convierten en normas internacionales internas y son de aplicación preferente frente a la normativa nacional. Además, tienen entidad suficiente como para ser aplicados directamente, sin necesidad de que su aplicación esté condicionada por la existencia o no de una referencia en la normativa interna. Así pues, el CNY es aplicable por sí mismo, mientras que la Ley de Arbitraje española (LA en adelante) servirá de complemento para completar el convenio en todo aquello que no se encuentre regulado por éste.

⁴ S. SÁNCHEZ / P. MELLADO, *La Constitución democrática española y sus fuentes*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2003, p. 217

⁵ Art. 1.5 CC: “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado””

⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Normas de Derecho internacional privado: Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil”. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. (M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, eds.), Tomo I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. Págs. 1–95. Ref. Pág. 71.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1982, de 12 de noviembre.

⁸ A. MANGAS MARTÍN, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” *Cuadernos de derecho judicial*. 1994. Núm. 11, Págs. 9-37. Ref. Pág. 18

⁹ A. MANGAS MARTÍN, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español” *Cuadernos de derecho judicial*. 1994. Núm. 11, Págs. 9-37. Ref. Pág. 21

II. El idioma del arbitraje

9. Una vez aclarada esta situación, se va a proceder a un análisis más exhaustivo de los argumentos utilizados en los autos como motivos de oposición al reconocimiento y se va a comenzar por tratar el idioma del arbitraje. Si bien no es un motivo que sea mencionado como causa de oposición, sí se hace en el desarrollo de la defensa plasmada en el auto de 19 de enero de 2021.

10. En el fundamento jurídico 4 del auto se expone que la demandada arguyo en su contestación de oposición al reconocimiento que “*el procedimiento arbitral se ha sustanciado en su totalidad ante la institución arbitral decidida unilateralmente de adverso y en lengua ucraniana (el idioma de la mercantil ahora demandante), lengua que mi mandante desconoce, que le ha impedido conocer la existencia del procedimiento arbitral y las normas básicas de su funcionamiento*”. Indica además que no se especificó en ningún sitio el idioma en el que se seguiría el procedimiento pero que, puesto que la relación comercial mantenida entre ambas mercantiles se desarrolló en inglés, el proceso arbitral debería haber sido desarrollado en inglés también.

11. Nada dice el CNY directamente sobre el idioma del arbitraje, únicamente se refiere a que deberá aportarse traducción del laudo que se pretenda reconocer cuando no esté en idioma oficial del país en el que interesa la ejecución (art. IV. 2 CNY). Sin embargo, lo que sí dice es que se podrá denegar el reconocimiento del laudo cuando una parte vea imposibilitada su defensa (art. V.1.b)¹⁰. Por su parte, y a título informativo aunque no se va a tratar esta vertiente, el Convenio de Ginebra (CG en adelante)¹¹ tampoco contempla la posibilidad de elegir un idioma determinado, pero lo que sí hace es prever como causa de anulación de un laudo la vulneración del derecho de defensa¹².

12. En relación con el derecho de defensa del artículo V.1.b) CNY y el idioma el Tribunal Supremo se ha manifestado en reiteradas ocasiones. Concretamente ha indicado que “*La utilización en el procedimiento arbitral de una lengua ampliamente conocida, como es el inglés, no presupone en modo alguno que exista indefensión por una parte “española”, especialmente cuando el contrato se firmó en inglés y la lengua del arbitraje fue, por elección de las partes, el idioma inglés*”^{13 14}. Y es que “*El “idioma” en el que se desarrolla el procedimiento arbitral es una cuestión que se rige por la Ley elegida por las partes, y en su defecto, por la Ley del Estado en el que se lleva a cabo dicho arbitraje*”¹⁵. Añade en otra ocasión que “*(...) tampoco es dable apreciar la vulneración de tales garantías por razón del idioma empleado en el arbitraje, pues además de que la lengua inglesa es la que habitualmente se utiliza en las relaciones comerciales internacionales, no se ha probado que la misma no fuera aquella en la que habría de desarrollarse el arbitraje, conforme a las reglas a las que se sometieron las partes, ni menos aún que la oponente se haya visto indefensa por causa de su utilización (...)*”¹⁶.

¹⁰ Art. V.1.b) CNY: “*1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...); b) Que 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; (...)*”

¹¹ Adherida España a través del Instrumento de Adhesión publicado en el BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, págs. 20985 a 20988. (Ref. BOE-A-1975-20601.)

¹² Concretamente el artículo 9.1.b) CG indica que un laudo podrá ser anulado por los tribunales del Estado en el que se dictó, lo cual constituirá causa de denegación del reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado distinto. Tal anulación podrá sustentarse en que la parte que pide la anulación del laudo no ha podido, entre otras causas, hacer valer sus alegaciones o recursos. Si bien el CG no se refiere textualmente al derecho de defensa como tal, la imposibilidad de hacer valer alegaciones y recursos no es más que la plasmación de la vulneración del derecho de defensa. Y es que puede ocurrir que no se hayan podido hacer valer los recursos pertinentes o las alegaciones necesarias por desconocimiento del idioma.

¹³ Auto del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003. (*JUR* 2004/63329)

¹⁴ Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2004 (*JUR* 2003/261687)

¹⁵ Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2004 (*JUR* 2003/261687)

¹⁶ Auto del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/261670)

13. De lo dicho por el Alto Tribunal hay que destacar tres ideas clave: i) que el uso de un concreto idioma no supone indefensión; ii) que la determinación de dicho idioma se hará en función de la Ley elegida por las partes y, en ausencia de ésta, por la Ley del Estado en el que se lleva a cabo el arbitraje, es decir, la Ley de la sede de arbitraje; y, iii) que en todo caso es la parte que alega indefensión la que debe probar que ésta se ha producido por desconocimiento del idioma y no por un incumplimiento de su deber mínimo de diligencia.

14. En uno de los autos usados de base para realizar el presente comentario, concretamente el de 19 de enero de 2021, la parte alegó que el procedimiento se realizó en lengua ucraniana, lo que le impidió conocer la existencia del mismo, así como de las reglas que lo regulaban. Añade igualmente que la Corte de Arbitraje ucraniana le envió una serie de documentos en ucraniano en varias ocasiones, uno de los cuales contenía una lista de nombres, que la parte después averiguó que era la lista de árbitros recomendados por la Corte. En el auto el TSJ indica que no se duda del desconocimiento del idioma ucraniano por parte de la demandada, *“pero lo cierto es que, si recibió varios correos de la Corte Arbitral ucraniana, redactados en su idioma, y no pudiendo desconocer que fuera como consecuencia de las discrepancias en el cumplimiento de los contratos suscritos entre las partes, y de la activación de las cláusulas compromisorias, debió actuar con mayor diligencia, que no es sino la normal, para entender y comprender el contenido de los correos recibidos, acudiendo a un intérprete en ucraniano.”*. Y añade que *“(…), la actuación de la parte demandada ha sido de total pasividad, hasta el punto de no hacer nada efectivo hasta que se ha planteado la demanda de exequátur”*.

15. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero del 2000, en el que en relación con un procedimiento de exequátur de un laudo arbitral señala que *“la supuesta indefensión que se dice sufrida como consecuencia de haber recibido las sucesivas notificaciones y demás actos de comunicación en el procedimiento arbitral en el idioma inglés, no descansa en la denuncia de infracción de regla de procedimiento alguna, que la parte oponente debería en su caso de alegar y probar, conforme a lo dispuesto en el art. V.1.d) del texto convencional. Por lo tanto, el argumento únicamente se sustenta en el menoscabo a los derechos de defensa que la oponente dice sufrido por causa del idioma empleado en las comunicaciones, que -se infiere- le impidió tener completo conocimiento de su contenido y, consecuentemente, articular su defensa de forma eficaz y en toda su dimensión. El carácter netamente constitucional que en la actualidad se atribuye al concepto de orden público -en sentido internacional-, identificándolo substancialmente con los principios esenciales del ordenamiento recogidos y consagrados en los preceptos constitucionales (específicamente en el art. 24 CE tratándose de la vertiente procesal del orden público) aconseja tener a la vista la caracterización que a su vez ha hecho el Tribunal Constitucional del derecho a no sufrir indefensión, que ha de ser material, real y efectiva para ser relevante, y no, por tanto, meramente nominal o formal, lo cual excluye tajantemente la desidia, pasividad, desinterés o negligencia de la parte que dice haberla sufrido (SSTC 112/93, 153/93, 364/93, 158, 94 y 262/94, 178/95, 18/96, 137/96, 99 y 140/97 y 44/98, entre otras muchas).”*¹⁷

16. Por su parte, la legislación nacional española sí trata expresamente la cuestión del idioma del arbitraje, y lo hace concretamente el art. 28 LA. La regla general es que las partes puedan pactar libremente el idioma en el que quieren desarrollar el proceso de arbitraje. Esta opción encuentra su sustento en la autonomía de la voluntad que rige el proceso arbitral, por lo que las partes pueden acordar todos los extremos que van a condicionar el procedimiento, incluido el idioma. Además, la libre elección *“del idioma se erige como una importante ventaja del arbitraje respecto de la jurisdicción ordinaria, pues contribuye decididamente a rebajar costes y a agilizar el procedimiento”*¹⁸. En ausencia de pacto, continúa el precepto, el arbitraje se desarrollará en cualquiera de las lenguas oficiales de la sede.

¹⁷ Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero del 2000. (ECLI:ES:TS:2000:16A)

¹⁸ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Civitas. 2018, p. 294.

17. Añade además el artículo que, en caso de desconocimiento del idioma oficial de la sede por una de las partes, ésta “*tendrá derecho a audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice*”. Esta previsión protege el derecho de defensa de las partes, reconocido en el sistema español en el art. 24 de la Constitución Española¹⁹ (CE en adelante) y en el plano internacional en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁰ (CEDH en adelante).

1. La importancia de la sede del arbitraje

18. El lugar del arbitraje o la sede arbitral es aquel lugar en el que se desarrollará el procedimiento arbitral, es decir, el emplazamiento concreto donde se va a llevar a cabo dicho procedimiento²¹. “*El CNY 1958 otorga al país de la sede del arbitraje el rol de jurisdicción primaria. Este rol implica dos cosas: el arbitraje se rige en principio por esta ley y corresponde a los tribunales de ese país el control general del procedimiento arbitral y del laudo.*”²² Sin embargo, puede suceder que las actuaciones no se desarrollen en el mismo lugar que el procedimiento arbitral. En este sentido, “*(l)a sede es el lugar en o desde donde se conduce el arbitraje por acuerdo de las partes. En este sentido, la sede del arbitraje es algo distinto del lugar donde se lleven a cabo las actuaciones arbitrales, aunque lo normal es que estas se lleven a cabo en el país de la sede. La distinción entre “sede del arbitraje” y “lugar de las actuaciones arbitrales” se recoge en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje española, cuyos dos apartados se refieren a cada uno de estos conceptos (aunque la ley hable de “lugar del arbitraje» en vez de «sede del arbitraje”)*”²³. Además, es posible que el laudo se dicte también en un lugar diferente²⁴, es decir, que la sede del arbitraje esté localizado en un lugar, algunas actuaciones se realicen en otro distinto por diversos motivos tales como la facilidad para acceder a pruebas y que, finalmente, el laudo se dicte en otro.

¹⁹ 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.*

²⁰ 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 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.*”

²¹ H. HOLTZMANN / J.E. NEUHAUS, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, La Haya, Kluwer, 1989. Pág. 596; M.J. MASCARELL NAVARRO, “Artículo 24”, en J. MONTERO AROCA (dir.), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, pp 134-138, p.135.

²² M. VIRGOS, “Arbitraje comercial internacional y el Convenio de Nueva York de 1958”. *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uria González en el centenario de su nacimiento*. Número extraordinario-2006 Págs. 21- 33, p. 26.

²³ M. VIRGOS, “Arbitraje comercial internacional y el Convenio de Nueva York de 1958”. *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uria González en el centenario de su nacimiento*. Número extraordinario-2006 Págs. 21-33, p.27.

²⁴ H. HOLTZMANN / J.E. NEUHAUS, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, La Haya, Kluwer, 1989, p. 596.

19. Sin embargo, es necesario hacer una aclaración respecto al lugar del arbitraje y el dónde se ha dictado el laudo. Para ello es necesario acudir a la LA española, la cual indica en su art. 37.5 que en el laudo aparecerá “(...) la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26²⁵. El laudo se considerará dictado en ese lugar.” Es por ello que, a pesar de que la redacción del laudo se haya llevado a cabo en un lugar distinto al de la sede, en él deberá aparecer el lugar que se considera sede del arbitraje. Por lo que para el Derecho español ese será el sitio real en el que se dictó, a pesar de que a nivel fáctico se haya redactado en otro. Esto es así para mantener la autonomía de la voluntad de las partes, pues si ellas utilizaron su libertad para determinar un sitio como la sede arbitral, no se debería cambiar ésta por el mero hecho de que los árbitros se reúnan en un lugar distinto²⁶.

20. En caso en que ambas partes hayan pactado el idioma en el que se van a realizar todas las actuaciones implicadas en el arbitraje, la cuestión no presenta problema alguno. Las dificultades comienzan cuando no se ha acordado un idioma en concreto, en cuyo caso dice la norma española que se utilizará la lengua oficial del lugar en el que se vaya a desarrollar el arbitraje. Esto pone de manifiesto la importancia que va a suponer decidir cuál será la sede del arbitraje. Las partes pueden determinar como sede un lugar que no tenga relación con ellas o con el asunto gracias a la autonomía de la voluntad, pero en caso en que tenga un idioma distinto al utilizado y nada se haya dicho al respecto, el árbitro de la sede podrá utilizar la lengua oficial del Estado en el que se encuentre.

21. Por ejemplo, un empresario español celebra un contrato de compraventa con un empresario alemán, en el cual se someten a arbitraje y establecen que se someterán a la Cámara de Comercio de París. Ambas partes han mantenido sus relaciones comerciales en inglés, pero no pactaron nada sobre el idioma del arbitraje en el convenio arbitral. Sustanciado el procedimiento en París en francés, en caso en que alguna de las partes pretendiese reconocer el laudo en España, la contraparte no podrá alegar que se produjo una vulneración de su derecho de defensa en el procedimiento arbitral porque éste se sustanció en francés, pues para la legislación arbitral española este idioma sería válido, en ausencia de pacto.

22. Por tanto, la elección de la sede del arbitraje en supuestos de arbitraje internacional no es una cuestión baladí, pues determinará extremos como la competencia judicial internacional que tendrán los tribunales de la sede para todas aquellas funciones de apoyo y control del arbitraje, así como la determinación de su carácter interno o extranjero²⁷. Pero también conlleva una serie de añadidos implícitos del que las partes pueden no ser conscientes cuando eligen una sede arbitral tales como la determinación del idioma que regirá el procedimiento.

23. Sin embargo, esta previsión acerca del idioma de la sede no se encuentra únicamente en la legislación española, pues son muchos los Estados que han dictado legislación en base a la Ley Modelo UNICTRAL²⁸, por lo que no sería de extrañar que el presupuesto del idioma de la sede del arbitraje fuese común a más de un Estado en su régimen interno. Y es que esta Ley cuenta con una gran “*aceptación desde una perspectiva comparada, (y) ello, con el objetivo de otorgar un peso decisivo al principio de autonomía en la determinación del lugar del arbitraje, como la idea de que su concreción no suponga una excesiva rigidez para el desarrollo del procedimiento arbitral, con el fin de no encorsetar la ac-*

²⁵ Art. 26 LA. Lugar del arbitraje. “1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”

²⁶ M. VIRGOS, “Arbitraje comercial internacional y el Convenio de Nueva York de 1958”. *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, Número extraordinario-2006 Págs. 21-33. p. 27.

²⁷ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Civitas. 2018, p.. 286.

²⁸ En la actualidad se ha dictado legislación basada en la Ley Modelo UNICTRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en un total de 85 Estados y en un total de 118 jurisdicciones. Sin embargo, que hayan promulgado legislación basada en el texto de esta ley no implica que deban ser idénticas unas a otras, pues pueden haber realizado modificaciones, puesto que no deja de ser un “modelo”. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

tuación de los árbitros”²⁹. Por tanto, puesto que la Ley Modelo ha sido aceptada por muchos Estados y éstos han dictado legislación en base a ella, la importancia que ésta otorga a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de determinar el lugar del arbitraje ha sido plasmada también en múltiples legislaciones nacionales. De esta manera, se da libertad tanto a las partes como al árbitro, en caso de ausencia de pacto, para decidir cuál será la sede en la que se va a desarrollar el procedimiento.

2. Arbitrajes a través de Internet

24. La evolución de Internet y las tecnologías ha sufrido en las últimas décadas un rápido desarrollo. A través de estos sistemas electrónicos se ha facilitado el acceso a relaciones comerciales antes al alcance de unos pocos, pues es frecuente comprar por Internet un producto de una empresa que tiene su sede en un país distinto de aquel desde el que se compra. Todo ello ha influido en el mundo jurídico, pues han aumentado la dificultad de los conflictos tradicionales, ya que la aparición de elementos extranjeros en las relaciones comerciales es cada vez más frecuente, por lo que los conflictos pasan a tener el carácter de internacional.

25. Como consecuencia de este desarrollo y las nuevas necesidades surgidas de resolución de conflictos por Internet se crearon los “*Online Dispute Resolutions*” (ODR en adelante), los cuales son fruto de la relación entre Internet y los “*Alternative Dispute Resolutions*” (ADR en adelante)³⁰. Los ODR brindan la posibilidad de que dos o más partes distintas resuelvan su disputa a través de Internet. A veces esto involucra a abogados y mediadores o árbitros y otras veces no. Depende del vehículo o los proveedores que las partes acuerden utilizar para resolver su disputa³¹.

26. Aunque la Unión Europea (UE en adelante) excluye el arbitraje de los ADR, ya que no es una modalidad alternativa de solución de conflictos con la que se designa a otros procedimientos extrajudiciales de resolución en los que también dirime la cuestión un tercero imparcial, como es la mediación³², forma parte de los ADR y, por tanto, de los ODR. El motivo por el que no se considera totalmente un sistema alternativo, como la mediación y la conciliación, es por la “cercanía” del arbitraje al procedimiento judicial, ya que el objetivo de la sentencia arbitral, o laudo, es la de sustituir la decisión de la justicia³³. Al igual que ocurre con el procedimiento judicial, el arbitraje es un sistema heterocompositivo, el cual se caracteriza porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral) e imparcial va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada. Por su parte la mediación y conciliación son sistemas autocompositivos caracterizados porque el tercero sirve únicamente de vía para facilitar la comunicación entre las partes, pero serán éstas las que lleguen a un acuerdo.

27. El arbitraje online, o *e-arbitration*, *stricto sensu*, significaría la integración de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs en adelante) en los procedimientos arbitrales, en la medida en que estos últimos se lleven a cabo total o sustancialmente en línea. Esto incluiría la solicitud de someterse a arbitraje, las presentaciones de escritos, las audiencias y la emanación de laudos que se

²⁹ G. PALAO MORENO. “El lugar de arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 44. Núm. 130. Ene/Abr. 2011, pp. 171- 205. Ref. p. 173.

³⁰ P. CORTÉS. “Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea”. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*. IDP Número 10 (2010) I ISSN 1699-8154. Págs. 4-14. Ref. Pág. 5.

³¹ Traducción libre del autor. El texto original dice “*ODR provides the ability for two (or more) disparate parties to settle their dispute using the Internet. Sometimes this involves lawyers and mediators and sometimes it does not. It depends on the vehicle/provider that the parties agree to utilize to resolve their claim*” <http://montyahalt.com/know-about-online-dispute-resolution/>

³² LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. 1. Panorama global. 1.1.2. [2]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002DC0196&from=PL>

³³ O. D. FRANCO CONFORTI, “Aspectos básicos y prácticos del arbitraje comercial internacional”. *La Ley* 5409/2015. 24 de septiembre de 2015, pp. 6-17, p. 6.

realizarían en línea. Sin embargo, dado que tal percepción idealista del arbitraje online no es universalmente compartida, sería suficiente afirmar que muchas instituciones y proveedores de ODR intentan integrar las TICs en los procedimientos arbitrales, en diversos grados, en un intento de estigmatizar el proceso como un procedimiento rápido, con buena relación calidad-precio, eficaz y eficiente³⁴.

28. Uno de los problemas que surgen con el arbitraje online es la cuestión relativa a qué lugar se debería considerar como la sede arbitral, pues en un procedimiento online determinar el lugar fáctico puede resultar una cuestión compleja. En caso de que las partes hayan determinado el lugar que quieren considerar como la sede del arbitraje, la cuestión no presentaría mayores inconvenientes. La dificultad aparece en ausencia de pacto, en cuyo caso habrá de buscar otros métodos para determinar cuál va a ser la sede de ese arbitraje online.

29. En estos casos hay autores que indican que la sede del arbitraje debería ser el lugar en el que los servidores estén localizados³⁵, otros en cambio abogan por el lugar en el que se encuentra el ordenador o donde se envían y recopilan los emails del árbitro³⁶. Sin embargo, ambas opciones designarían como sede del arbitraje sitios que las partes no pueden prever, por lo que las colocaría en una situación de inseguridad jurídica.

30. J. YOON PARK y J. HAE CHOI indican que existen cuatro enfoques para determinar la sede en los arbitrajes ODR y si se elimina el último del que hablan que es el pacto de las partes quedarían tres. El primero de ellos se basaría en la ley aplicable a los procedimientos de arbitraje ODR, de manera que se refleja el deseo de las partes de someterse al arbitraje de conformidad con la ley de la sede, por lo que se debe presumir, dicen ambos autores, que la ley procesal del arbitraje es la ley de la sede. El segundo enfoque es seguir la nacionalidad con la que la disputa tiene el vínculo más sustancial, de manera que se desligaría del control impuesto por la ley del lugar del arbitraje y se seguiría el derecho sustantivo de la controversia. El tercer enfoque es someterse a la decisión del tribunal arbitral, por lo que el tribunal determinará la sede en función de las circunstancias del caso, incluida la conveniencia de las partes³⁷.

31. Para resolver la cuestión se debe acudir a la legislación. Aunque el CNY no se pronuncia en relación con la determinación de la sede del arbitraje, la Ley Modelo UNICTRAL sí lo hace en el art. 18, el cual indica en el apartado 1 que será el tribunal arbitral el que decida cuál será la sede del arbitraje. En el mismo sentido la LA en el precepto 26.1 señala al tribunal arbitral para que decida sobre la sede del arbitraje en caso de ausencia de pacto, siempre en función de la mayor conveniencia de las partes.

III. Falta de notificación del inicio del arbitraje

32. Los autos de 19 de enero y 17 de febrero versan asimismo sobre la falta de notificación de la existencia del procedimiento arbitral como causa de oposición al reconocimiento del laudo arbitral. La demandada del procedimiento contenido en el auto de 19 de enero manifiesta la ausencia de notificación

³⁴ Traducción libre del autor. El texto original dice “E-arbitration, strictu sensu, would mean the integration of ICTs into arbitral proceedings to the extent that the latter are conducted wholly or substantially online. This would include filings, submissions, hearings, and awards being made or rendered online. Nevertheless, since such idealistic perception of e-arbitration is not universally shared, it would suffice to state that many institutions and ODR providers attempt to integrate ICTs into arbitral proceedings, with varying degrees, in an attempt to stigmatize the process as an expeditious, cost effective, and efficient arbitration scheme.”

³⁵ M.S. ABDEL WAHAB. “ODR and e-arbitration”. Trends and Challenges. <https://www.mediate.com/pdf/wahabearb.pdf> Pág 4 del PDF, numerado 402 en el documento.

³⁶ M.H.M. SCHELLEKENS. “Online Arbitration and E-commerce”. (2002), 9 *Electronic Communication Law Review*. Pág. 122.

³⁷ A. VAHRENWALD. “Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-Commerce”. 2000. *Report on Legal Issues Part IV: Arbitration*. Pp. 1-257, pp. 87.

^b<https://tblaw.com/data/part4.pdf>

³⁷ J. YOON PARK y J. HAE CHOI. “The Issue of the Seat of Arbitration in ODR Arbitration”. *Kluwer Arbitration Blog*. Agosto 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/05/the-issue-of-the-seat-of-arbitration-in-odr-arbitration/>

muy escuetamente, y lo hace para sustentar que las notificaciones que recibió fueron en ucraniano, por lo que soporta en el argumento de la ausencia de notificación la cuestión relativa al idioma del arbitraje, del que ya se ha hablado.

33. Es por ello que se va a proceder a analizar la cuestión desde la perspectiva del auto de 17 de febrero. Se establece en el auto que un bloque de la oposición a la demanda de exequátur incide en la falta de conocimiento del procedimiento arbitral, debido a la ausencia de notificación en el domicilio en el que habita desde el año 2003. El TSJ en el auto indica que *“(l)a apreciación de esta causa debería tener cabida en alguno de los motivos que –como supuestos de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros– vienen señalados en el artículo 5 del Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho el 10 de junio de 1958 y suscrito por España. Particularmente en la causa 1.b) de tal precepto (falta de debida notificación) que a su vez encuentra relación material con la causa 2.b) por cuanto la quiebra de garantías del proceso puede alojarse dentro del concepto de orden público”*.

34. Continúa el auto y señala que *“(l)a conclusión a que llega la Sala es que la causa de oposición, no puede encontrar amparo en el artículo 5.1.b) del ya citado Convenio de Nueva York de 1958, al no poder apreciarse que la regla de validez procedimental invocada por la parte actora haya causado verdadera indefensión material. Y ello por una sencilla razón: la propia demandada, al suscribir el contrato de préstamo –que consta incorporado a la demanda y con la debida traducción sin haber sido impugnada– hizo constar un concreto domicilio (en Ucrania), y asumió voluntariamente la obligación de informar a la otra parte (la obligación era recíproca) sobre cualquier cambio de domicilio o residencia, sobre cambio de medios de comunicación suyos y/o de sus representantes legales. De tal modo admitió (así figura con incuestionable nitidez también en el contrato) que toda notificación certificada en las direcciones de las partes, se considerase entregada al décimo día desde el momento de su envío, independientemente de recibirla o no”*.

35. En relación con el orden público se hablará en el siguiente epígrafe. Por el momento el presente apartado se va a centrar en la notificación del procedimiento arbitral. El CNY no trata las formas en las que pueden practicarse las notificaciones del inicio del procedimiento arbitral, pero su art. V.1.b) contempla como causa de oposición al reconocimiento del laudo la falta de notificación debida del procedimiento. Por tanto, es necesario acudir a las legislaciones nacionales que completan al CNY en todo lo no regulado por éste y, en el Derecho español, el art. 5.a) LA indica que *“(t)oda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.”* En similares términos habla el artículo 3 de la Ley de Arbitraje ucraniana, que indica que cualquier comunicación escrita se considerará recibida si se entrega al destinatario personalmente o si se entrega en su lugar de trabajo, residencia permanente o dirección postal. Añade que si no se puede encontrar ninguno tras una investigación razonable se considera que se ha recibido si se envía al último lugar de negocios conocido, residencia permanente o dirección postal por carta certificada o cualquier otro medio que proporcione un registro del intento de entregarlo³⁸.

³⁸ Traducción libre del autor. El texto en inglés dice *“1. Unless otherwise agreed by the parties: - any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, permanent residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee’s last-known place of business, permanent residence or mailing*

36. De los preceptos enunciados se puede deducir la importancia que tiene en el arbitraje los actos de comunicación en todos aquellos lugares en los que se tenga conocimiento que se puede encontrar al demandado. En este sentido el auto del Tribunal Constitucional 301/2005, de 5 de julio de 2005³⁹ indica, en base a lo alegado por el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, que *“aunque exista semejanza entre el Laudo Arbitral y la Sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes”*. Por su parte el TC justifica tal afirmación en que *“(e)llo refuerza la licitud constitucional de la diferencia de tratamiento, pues se ampara en una distinción objetivamente justificada (STC 110/1993, FJ 4). La simplificación del sistema de notificaciones de los Laudos debe ponerse en conexión con la simplificación de todo el procedimiento arbitral, del que es lógico correlato.”*

37. Es por ello que en el procedimiento del arbitraje el régimen de notificaciones no será el mismo que en el procedimiento judicial, pues se exige al árbitro que realice una serie de indagaciones más exhaustivas para el caso en que no pueda encontrar al demandado en el domicilio que ha designado en el convenio a efectos de notificaciones. Esta indagación que debe realizar el árbitro sobre el domicilio del demandado *“(…) debe ser evaluada en atención a las circunstancias de cada supuesto, pero en todo caso deberá contemplar la indagación en los registros públicos de los que se pueda extraer algún dato que permita localizar el domicilio o residencia del interesado.”*⁴⁰. No obstante lo anterior, la cooperación de que se dispone por parte de los distintos operadores jurídicos en el procedimiento judicial y el arbitral no es idéntico. Y es que el árbitro no *“(…) dispone de los medios o la capacidad de dirigirse en averiguación de domicilio a Registros y entidades públicas que competen al Secretario Judicial, (por lo que) deberá cavilar cómo realizar esta indagación”*⁴¹.

38. En el auto objeto de estudio, de 17 de febrero, las partes se comprometieron a la notificación de cualquier cambio de residencia a la contraparte. En el caso estudiado, el domicilio del demandado que consta en el convenio arbitral está localizado en Ucrania, pero él residía en España desde 2003. Se podría pensar que, puesto que ambas partes acordaron tal cláusula, se sometieron a ella y establecieron que a los 10 días se tendría por entregado, hubiese constancia o no, el árbitro no tiene necesidad de realizar ninguna indagación sobre el domicilio real, en tanto en cuanto era obligación de las partes la notificación de cualquier cambio de residencia. Sin embargo, *“(l)o anterior, que pone de relieve la trascendencia de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral, no obsta a que, como también ha declarado esta Sala, aunque las partes hayan pactado un régimen especial de notificaciones, pueda y deba ser aplicado el propio art. 5.a) LA, en particular en lo que concierne a la necesidad de realizar una indagación razonable para el caso de que no constare domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección del destinatario de la comunicación [por todas, SSTSJ Madrid de 5 de junio de 2013 (ROJ STSJ M 8230/2013), 30 de julio de 2013 (ROJ STSJ M 11504/2013) y 15 de octubre de 2013 (ROJ STSJ M 15972/2013)].”*⁴²

39. Por tanto, la existencia de ese acuerdo *inter partes* no exime al árbitro de su obligación de indagación para conseguir realizar la entrega de las notificaciones que surjan a raíz del procedimiento arbitral. Es más, es posible que en el contrato constasen direcciones de e-mail, como dirección que se utilizó en las relaciones comerciales entre las partes, lo cual sería medio aceptable para realizar las comunicaciones, siempre y cuando se pudiese realizar la entrega de las notificaciones.

address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it”. <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Ukraine-Arbitration-Law.pdf>

³⁹ Auto del Tribunal Constitucional 201/2005, de 5 de julio de 2005. (ECLI:ES:TC:2005:301A)

⁴⁰ Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, de octubre de 2020. Págs. 1-45. Ref. Pág. 22.

⁴¹ S. GARCÍA CARRASCOSA. “Las notificaciones en el procedimiento arbitral de arrendamientos”, *Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio*, pp. 175-189, p. 178.

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria 3891/2017, de 12 de diciembre de 2017. (ECLI:ES:TJICAN:2017:3891)

40. Y es que “(...) el legislador de la LA, con el término “entrega”, se refiere lisa y llanamente al hecho de que el objeto de la comunicación haya llegado a su destinatario, pero no predetermina el procedimiento a través del cual se produce esa llegada y, menos aún, pretende asumir la diferencia entre “remisión” y “entrega” que utiliza la LEC para las notificaciones judiciales.”⁴³ Puesto que el art. 3 LA ucraniana contiene la misma previsión respecto a la notificación, el árbitro ucraniano debería haber realizado una indagación razonable sobre las formas en las que pudiese hacer llegar al demandado las notificaciones surgidas en el procedimiento arbitral, por lo que sí es posible que se haya producido una vulneración de los derechos de defensa, contenido en el art. 6 CEDH y 24 CE.

41. Sin embargo, esa indefensión no debe ser simplemente formal sino que deberá ser una indefensión material que razonablemente haya podido causar un perjuicio real y efectivo de los derechos e intereses legítimos del demandado⁴⁴. La carga de la prueba del desconocimiento de la notificación recae sobre quien la alega. El CNY indica que para admitir a trámite la demanda de exequátur el demandante deberá aportar junto con la demanda la sentencia original o una copia de ésta que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, o un original del acuerdo al que se refiere el art. II CNY⁴⁵ o una copia autenticada o, en caso de estar en otro idioma, una traducción la cual será certificada por un traductor oficial o jurado o por un agente diplomático o consular (art. IV CNY). Por tanto, no se aprecia la exigencia de una prueba a priori de la notificación del inicio del procedimiento arbitral por parte de la demandante como requisito para aceptar la demanda de exequátur a trámite.

42. A modo de resumen de todo lo anterior decir que las partes pueden someterse a arbitraje en base a la autonomía de la voluntad. Una de las manifestaciones que tiene esa autonomía en el procedimiento de arbitraje es que las partes pueden obligarse a notificar cualquier cambio en el domicilio. Sin embargo, esa obligación de notificación entre las partes no libera al árbitro de su obligación de averiguar a través de todos los medios de que dispone de cualquier otra dirección o medio a través del cual proceder a las notificaciones de los actos de comunicación del procedimiento arbitral, tales como el inicio del mismo. Y, finalmente, que la indefensión producida como consecuencia del desconocimiento debe ser material y producir un perjuicio real de los derechos de defensa de la parte.

IV. El Orden Público Internacional

43. La vulneración de los derechos de defensa en el procedimiento arbitral por las causas estudiadas previamente trae como consecuencia la activación de la excepción del orden público internacional (OPI en adelante) español como mecanismo para evitar la incursión de una resolución que ha sido dictada con la vulneración de los derechos de defensa de una parte en el ordenamiento jurídico español. El art. V.2.b) CNY establece la vulneración del OPI como una causa de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Además, es una causa apreciable de oficio por el tribunal que conoce del *exequátur*, por lo que no es necesario que lo aleguen las partes. Sin embargo, el tribunal no puede entrar a hacer una valoración sobre el fondo del asunto, por lo que el examen que debe realizar el juez será sobre los aspectos formales y materiales tanto del laudo como del procedimiento arbitral que se llevó a cabo.

44. El OPI 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,

⁴³ F. GASCÓN INCHAUSTI. “La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa”. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Vol. I, 2008, nº 1, pp 87-114, p. 96.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2002, de 8 de abril. (ECLI:ES:TC:2002:73)

⁴⁵ Art. II. 2 CNY: “2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

principios generales y normas imperativas nacionales⁴⁶. Si bien se podría pensar que por este motivo el contenido será totalmente distinto, lo cierto es que la base que forma los principios clave de los Estados está siempre constituida por los principios jurídicos que reflejan puntos esenciales de la economía, moralidad y cultura de la sociedad del foro. Debido a lo anterior, puesto que los Estados se crearon con modos de organizarse parecidos, las sociedades no distarán en gran medida las unas de las otras y los principios básicos serán muy similares, salvo alguna excepción propia de su sistema jurídico. Aunque su nombre contenga la nomenclatura de “internacional” en realidad es de corte nacional⁴⁷, pues cada Estado cuenta con sus propios principios y normas imperativas, las cuales constituyen el objeto de protección de esta excepción. Además, esta excepción protege la estructura fundamental del Derecho del país en el que se pretende insertar la resolución judicial o arbitral, no la del país del que proviene.⁴⁸ 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. Esta excepción opera cuando se intenta reconocer una sentencia o laudo en un Estado distinto de aquél en el que fue dictado. Sin embargo, sólo se podrá alegar cuando el reconocimiento o exequátur de la resolución choque “*de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental*”⁴⁹.

45. La sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio⁵⁰ define ambas vertientes en base a reiterada jurisprudencia. Por un lado, el OPI 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 OPI 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.

46. En los autos de 19 de enero y 17 de febrero se trata la vulneración del OPI desde dos puntos de vista diferentes. El primero se refiere a la vulneración del OPI como consecuencia de la privación del derecho de defensa que la normativa concede a todos los sujetos, debido a que no se le notificó en un idioma que pudiese comprender y conocer el estado del procedimiento, si es que este existía, tal y como alega. En el auto de 17 de febrero se refiere a la vulneración del OPI debido a esa obligación que pactaron de notificar a la contraparte cualquier cambio en el domicilio, aunque esta obligación se adoptase en uso de la autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral. Por ello se van a estudiar ambas cuestiones en el presente epígrafe.

1. Orden público internacional y derecho de defensa

47. Tal y como se ha manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo de este texto, el derecho de defensa se regula a nivel europeo en el art. 6 CEDH y a nivel español en el art. 24 CE. El artículo

⁴⁶ 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, p. 526.

⁴⁷ A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014, p. 527.

⁴⁸ A.-L- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Decimoquinta Edición. Ed. Comares. 2014, p. 527.

⁴⁹ R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “Límites a la construcción de un “Orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año nº. 4. Nº 8, 2000. Págs. 593-618. Pág. Ref. 602.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio. (ECLI:ES:TC:2020:46)

6 del CEDH protege el derecho de todo ciudadano a un proceso equitativo. El precepto se divide en 3 subapartados, donde el 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. Queda patente la importancia que tiene el derecho de defensa para la UE, 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)⁵¹.

48. Por su parte, en el plano nacional el derecho de defensa también tiene especial relevancia. Regulado en el artículo 24 CE comprende todos los medios de que dispongan las partes para hacer valer sus derechos y obligaciones en el proceso, esto incluye el derecho de ser oído, de recibir notificaciones, práctica de pruebas, etc. *“(L)a idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que puedan colocarse en el marco del artículo 24 CE”*⁵². Se origina por tanto la indefensión cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producida en el seno de un proceso, ya sea judicial o arbitral, por lo que se produce en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos.

49. Cuando esto se produce en un procedimiento arbitral y después se pretende reconocer el laudo fruto del mismo, el juzgador podrá apreciar si esa privación del derecho de defensa genera una activación de la excepción de OPI, pero el contenido de ese laudo deberá chocar de manera inaceptable con el OPI del Estado requerido para poder apreciarlo. Esto se debe a que no toda privación del derecho de defensa provoca la aplicación de la excepción de OPI, pues puede suceder que el derecho de defensa se module en el proceso y eso no genere una privación del derecho. Ahora bien, no hay que confundirse y pensar que la falta de notificación del inicio del arbitraje se encuentra inserto en el OPI y no puede ser alegado de forma autónoma, de manera que su apreciación no daría lugar a la vulneración del derecho de defensa sino a una vulneración del OPI. Los derechos de defensa forman parte de los derechos esenciales reconocidos y protegidos en el Estado español, es por ello que el ámbito de protección del OPI los contempla. Sin embargo, el CNY reconoce en el art. V. 1. b) la falta de notificación como un motivo independiente para denegar el exequátur del laudo. La única diferencia entre una u otra causa de denegación del exequátur es que el OPI es apreciable de oficio por el juzgador, mientras que la falta de notificación del procedimiento deberá ser alegada por la parte que lo ha sufrido.

50. 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”*⁵³. 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.”*⁵⁴.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164.

⁵² Sentencias del Tribunal Constitucional 48/1984, 146/2003, 199/2006 y 28/2010

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, asunto C619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2009, *Gambazzi*, asunto C394/07. (ECLI:EU:C:2009:219)

51. Aunque no lo diga con las mismas palabras, el Tribunal Constitucional señala que *“(l)a 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.”*⁵⁵

52. 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.”*⁵⁶

53. De lo dicho por ambos tribunales se puede deducir que el derecho de defensa no es una prerrogativa absoluta del ciudadano, sino que se puede modular por parte de quien dirige la cuestión, por lo que no toda limitación de este derecho va a dar lugar a una eliminación total y absoluta de los medios de defensa de quien lo alega. Pero es que además, 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 juzgador⁵⁷.

54. Por todo ello, habrá que atender a las circunstancias del caso y valorar si realmente se produjo una vulneración del derecho de defensa de quien lo alega y si esa vulneración se debe a causas que no le son imputables. Así pues, si el menoscabo sufrido ha sido real, desproporcionado al fin perseguido y ha constituido un perjuicio del derecho de defensa de la parte, y además no ha sido provocado por su propia pasividad, la excepción de OPI sí será aplicable.

55. En los supuestos tratados en los autos del TSJ que sirven de base a este trabajo se encuentran dos situaciones. En el primero, de 19 de enero, se alega el uso del idioma ucraniano y la falta de notificación como vulneración del derecho de defensa y, por consiguiente, del OPI. Como ya se ha tratado el uso de un idioma determinado no constituye una vulneración de los derechos de defensa, en ese caso se utilizó el ucraniano al ser el idioma de la sede, por lo que no hay infracción del derecho de defensa. Asimismo, se le entregaron una serie de comunicaciones por parte de la Corte de Arbitraje ucraniana, por lo que, tal y como dice el TSJ, no podía desconocer la existencia de un procedimiento en su contra, máxime con un incumplimiento de contrato de por medio. Así pues, no se puede considerar que en este caso exista una vulneración del derecho de defensa de la parte, pues si no pudo ejercitar tal derecho fue por dejación de su deber de diligencia con el proceso.

56. En el segundo de los autos, de 17 de febrero, se alega la notificación en un domicilio en Ucrania, aunque tenía residencia habitual en Madrid desde 2003. A pesar de haberse obligado a comunicar cualquier cambio de domicilio y se le notificó en la dirección que indicó para ello, así como contener el convenio la previsión de que se daría por notificado a los 10 días, en este caso sí hubo vulneración de su derecho de defensa. Esta vulneración no es producto de una falta de diligencia del demandado, sino más bien esta falta de diligencia es imputable al árbitro, puesto que no realizó las averiguaciones necesarias para localizar al demandado.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1986, de 1 de julio de 1986. BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986. (ECLI:ES:TC:1986:89)

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1987, de 17 de junio de 1987. BOE núm. 163, de 9 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:102.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1985, de 8 de octubre de 1985. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985, ECLI:ES:TC:1985:109.

2. Orden público internacional y autonomía de la voluntad

57. Se debe entender el arbitraje como una manifestación del derecho de las partes de escoger la vía más conveniente para ellas y sus intereses y por medio de la cual quieren resolver sus controversias⁵⁸. Por eso se dice que el procedimiento de arbitraje descansa sobre la autonomía de la voluntad de las partes, pues son éstas las que deciden de *motu proprio* acudir a esta vía alternativa para la resolución de su controversia. Además, en uso de esta autonomía pueden pactar los extremos que consideren más convenientes a sus necesidades, como es la ley aplicable o cuál será la sede arbitral, los cuales deben aparecer en el convenio arbitral. No obstante, existe una limitación a la autonomía de la voluntad, la cual encuentra su reflejo en “(...) el art. II CNY de 1958, al establecer un control judicial sobre ésta, respecto de la voluntad de las partes de pactar un convenio arbitral, constituyendo un elemento más de seguridad jurídica que permite el control judicial sobre la misma”⁵⁹.

58. Aunque no se menciona por parte de la demandada, estudia el tribunal en el auto de 17 de febrero el interés leonino que se había estipulado en el contrato de préstamo, cuyo incumplimiento da lugar al procedimiento arbitral. El tribunal trata el “(...) examen de oficio al que puede someterse el respeto al orden público. Recordamos por ejemplo, lo expresado en la STSJ M de 28 de junio de 2019 (ROJ:STSM 5164/2019): “Como es sabido, y así lo tiene señalado esta Sala en varias resoluciones (...) el art. 41.2 LA dispone: “Los motivos contenidos en los párrafos (...) y f) [que el laudo sea contrario al orden público] del apartado anterior, podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida”. Prosigue la resolución diciendo: “Es evidente que con esta previsión normativa se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, pero tampoco existe duda –sino general conformidad- a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo Sobre Arbitral Comercial Internacional (...), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poner de disposición, en el bien entendido, claro está, de que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte –no se trata de que el Tribunal incoe de oficio el proceso de anulación.”

59. Por tanto, si bien las partes son libres para decidir las reglas que van a regular su controversia y a las cuales someten al árbitro, esta libertad no es ilimitada y absoluta. El límite a la autonomía de la voluntad será el respeto del orden público del Estado receptor en el que se pretende el reconocimiento del laudo. Puesto que la apreciación de la vulneración del OPI puede hacerse de oficio, no será necesario que ninguna parte lo alegue para que el juzgador lo aprecie y aplique como causa de denegación del reconocimiento.

60. Continúa el TSJ y alega que “(n)inguna duda cabe que la aplicación de las normas de represión de la usura es un ejercicio de tutela judicial conforme a la preservación del orden público en nuestro ordenamiento jurídico STS de 17 de abril de 2015 (ROJ: STS 1868/2015) que por lo tanto nos obliga a proyectar tal garantía sobre el supuesto enjuiciado, incluso aunque no haya sido alegado como causa por las partes. La plasmación en un contrato de un interés mensual del 15% como condición de uso del capital no puede admitirse como cláusula amparada jurídicamente. Es, por su cuantificación rotundamente desproporcionada, una imposición usuraria, que contraría el orden público español sin duda, y también el ámbito del Derecho de la Unión Europea con idéntica seguridad. Al amparo de lo establecido en el artículo V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958 ya citado, en relación con el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje, esta apreciación palmaria ha de conducir forzosamente a la desestimación de la demanda. No puede reconocerse validez en España a un Laudo arbitral que “bendice” y exige el cumplimiento de un contrato que resulta nulo por contravención de exigencias de orden público”.

⁵⁸ F. CORDÓN MORENO, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*. Aranzadi S.A. 1995, p. 61.

⁵⁹ A. FERNÁNDEZ PÉREZ. “La autonomía de la voluntad en el arbitraje”. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. J.M. Bosch Editor. 2017, pp. 17-62, p. 49.

61. De todo lo anterior se puede concluir que las partes son libres de pactar el contenido del convenio arbitral que regirá las posibles controversias futuras, pero que esa libertad no es infinita. Y es que el orden público internacional nacional se activará cuando alguno de esos pactos que se intentan introducir en el territorio nacional contravenga cualquier principio que lo compone, como es el caso de los intereses leoninos.

V. Conclusiones

62. Las causas de oposición que se pueden alegar frente al reconocimiento del exequátur de un laudo extranjero se encuentran tasadas en la Ley internacional y nacional y su aplicación es más bien restrictiva. Sin embargo, la excepción del OPI no se aplica de forma automática, sino que es necesario que aparezcan una serie de presupuestos en el procedimiento arbitral para que se considere que realmente ha producido una vulneración de los derechos de defensa de las partes, lo que daría lugar a la aplicación de la excepción del orden público. De todo lo estudiado se puede llegar a una serie de conclusiones.

Primera. El desconocimiento del idioma empleado en el procedimiento de arbitraje no conlleva automáticamente la vulneración del derecho de defensa. Las partes deben proceder con cierto nivel de diligencia en el procedimiento, por lo que no es aceptable permanecer impasible ante el proceso arbitral, manifestarse en contadas ocasiones para alegar que se desconoce la lengua y alegar posteriormente que las notificaciones realizadas no fueron válidas porque no se entendía el idioma empleado. Si la sede está localizada en un país, es perfectamente legítimo que se utilice su lenguaje nacional, siempre y cuando las partes no hayan acordado otra cosa. Es por ello que no se puede pretender quedarse al margen del procedimiento y buscar la protección de otra jurisdicción cuando se solicita el reconocimiento del laudo fruto del arbitraje. En estos casos, la mejor actuación por parte del tribunal será la denegación de esta causa de oposición. Si la parte no ha querido hacer uso de sus derechos de defensa cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar posteriormente que se le ha privado de ellos, pues fue él mismo quien se marginó del proceso de manera voluntaria.

Segundo. Gracias al desarrollo de Internet, son cada vez más las opciones que se ofrecen para realizar actividades a distancia, ya sean en páginas webs para realizar compraventas, en plataformas de crowdfunding para realizar inversiones o en plataformas de servicios ODR para resolver controversias a distancia. Ese incremento de oportunidades también ha tenido su reflejo en el arbitraje, el cual a través de las plataformas de ODR ha podido implementar esta faceta, por lo que se ahorran los costes de desplazamiento de las partes. Aunque se podría pensar que al estar en el ciberespacio la localización de la sede en los arbitrajes a través de Internet pueden ser difíciles o conducir a sitios inesperados para las partes, lo cierto es que no es así. Puesto que la autonomía de la voluntad rige el procedimiento arbitral, las partes podrán determinar cuál quieren que sea la sede de su arbitraje, aunque este se desarrolle por Internet. Esto crea seguridad jurídica para las partes, pues van a poder determinar qué tribunales serán los competentes para realizar labores de colaboración e, incluso, para determinar la anulación del laudo. En caso de que no hayan pactado nada, la legislación aboga por la misma solución que se da al arbitraje tradicional, y es que el tribunal arbitral podrá decidir cuál será la sede. Si bien el árbitro es independiente y puede determinar cuál será la serie en base a su propio criterio, está constreñido por lo establecido por las partes en el convenio arbitral, por lo que deberá determinar la sede que más se ajuste a las necesidades del caso y de las partes, así como lo que establecieron en el convenio, por lo que no parece plausible que la sede que determine el árbitro esté totalmente desconectada del caso sobre el que va a decidir.

Tercero. Los actos de notificación son muy importantes, tanto en el procedimiento judicial como arbitral, ya que ponen en conocimiento de los sujetos que existe un proceso en su contra y se les ofrece la oportunidad de hacer valer sus derechos de defensa. Sin embargo, en el arbitraje existe mayor libertad y también mayor dificultad, pues las partes pueden pactar el régimen de notificaciones que deseen, pero eso no libera al árbitro de realizar una investigación razonable para localizar efectivamente a la demandada.

La dificultad radica en que el arbitraje es un procedimiento que se encuentra desligado del sistema judicial nacional, por lo que la facilidad con la que se va a poder relacionar con otros operadores jurídicos y la cooperación que va a encontrar por su parte va a ser distinta a la potestad con la que actúa un juez nacional. Puesto que el arbitraje no se incardina dentro del sistema judicial, el árbitro no va a poder acudir con la misma facilidad a registros públicos para obtener información, del mismo modo que tampoco va a tener los mismos medios de notificación. Sin embargo, esto no tiene que ser irremediamente negativo, puesto que esa libertad para poder pactar el régimen de notificaciones de las partes, en cierta medida se traspa al árbitro, por lo que éste tendrá opciones distintas con las que ponerse en contacto con las partes, las cuales pueden ser menos formales que los medios impuestos por la legislación a los juzgadores nacionales. El único requisito que establece la ley internacional y nacional es que quede constancia de esa recepción de la notificación, por lo que hay libertad de forma, siempre y cuando pueda quedar constancia. Con el desarrollo de las tecnologías también se han desarrollado métodos de confirmación de recepción de notificaciones como es el SMS burofax o incluso la confirmación de recepción y lectura de correos electrónicos.

Cuarto. El derecho de defensa de las partes en el procedimiento arbitral tiene múltiples manifestaciones y su inobservancia da lugar a un quebrantamiento del OPI nacional. Sin embargo, el derecho de defensa no es un derecho absoluto, sino que se puede modular por parte del juzgador, nacional o arbitral, y no toda modulación dará lugar a la aplicación de la excepción de OPI. Puesto que es una excepción, su aparición se va a ver condicionada a que se den una serie de presupuestos en el procedimiento que choquen de manera directa con los principios rectores del país en el que se busca el exequátur. Es posible que se limiten los medios de prueba o, incluso, la intervención de una de las partes en el procedimiento y eso no dará lugar a una vulneración del derecho de defensa. Debe darse una eliminación o privación sustancial de los derechos de defensa para que pueda aplicarse la excepción de OPI. Además, esa privación debe ser por causas ajenas a la voluntad o al actuar de las partes. Esto se debe a que de otra forma las partes podrían hacer un mal uso de esta excepción a sabiendas de que ese laudo se querrá reconocer en otro país, por lo que podrían no comparecer en el procedimiento arbitral y alegar vulneración del derecho de defensa y, consiguientemente, violación del OPI, por lo que se debería denegar el exequátur. Por este motivo el juez deberá hacer un estudio de los requisitos materiales y procesales apreciados en el laudo y en el procedimiento de arbitraje, pero sin entrar en ninguna valoración sobre el fondo o la motivación del laudo. El exequátur no es otra instancia, por lo que el juez debe mantenerse al margen de cualquier valoración más allá de si el contenido de ese laudo y las actuaciones realizadas se ajustan o no a las normas imperativas del Estado en el que se encuentra.

Quinto. Si bien el juez debe mantenerse al margen de toda valoración sobre el fondo, no es ciego. Es por ello que podrá, de oficio, apreciar causas que vulneren el OPI aunque las partes no lo hayan alegado. Esto se debe a que el juez es el encargado de velar por la protección de la sociedad española y controlar las resoluciones extranjeras que llegan al país, de manera que si alguna choca con la moral, principios generales o normas imperativas que conforman el concepto de OPI podrá denegar su reconocimiento y su entrada en la sociedad, ya que no desplegará los efectos que contenga. Ese control puede extenderse y limitar incluso la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, aunque las partes tienen libertad para determinar el contenido que le van a dar al convenio arbitral, esta libertad no es ilimitada, pues el OPI será la barrera que ponga los límites a aquellos aspectos jurídicos cuya protección es más importante que la autonomía de las partes. De esta manera se respeta la libertad de las partes y las de la sociedad en la que se pretende integrar, pues la libertad de uno termina donde empieza la de otro.

DENEGACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE
CONTRA DEUDOR NO PROPIETARIO DEL BUQUE
POR LA INEXISTENCIA DE “CRÉDITO MARÍTIMO”
(AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 10
DE BARCELONA DE 21 DE MAYO DE 2021)

REJECTION OF ARREST OF A SHIP BASED
ON THE NON-MARITIME NATURE OF THE CLAIM
(EDICT OF THE COMMERCIAL COURT
NO 10 OF BARCELONA, 21ST MAY 2021)

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

*Profesor asociado doctor de Derecho internacional privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 13.12.2021 / Aceptado: 28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6716>

Resumen: La resolución objeto del presente comentario aborda la solicitud de un embargo preventivo contra un buque que no es propiedad del deudor. La solicitud de embargo preventivo es rechazada por no ser propietario del buque el deudor y no tratarse de un crédito que dé acceso al embargo en estas circunstancias, de acuerdo con el Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques y la legislación española.

Palabras clave: Convenio de Ginebra de 1999 sobre embargo preventivo de buques, Ley de Navegación Marítima, créditos marítimos privilegiados, Derecho marítimo.

Abstract: In this case, the Court analyses the possibility of granting the arrest of a ship for a debt produced by the lessee, not the ship-owner. The arrest is denied since the claim is not considered as a maritime claim that enables the arrest of ship under these circumstances.

Keywords: International Convention on Arrest of Ships 1999, Spanish “Ley de Navegación Marítima”, Maritime liens, Maritime Law.

Sumario: I. Contexto y cuestiones relevantes de la resolución comentada. II. Legislación española sobre embargo preventivo de buques – del Código de Comercio a la Ley de Navegación Marítima III. Embargo preventivo de buques en España - Régimen jurídico. IV. Deudas de arrendatarios o fletadores del buque. V. Posibilidad de embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada. VI. Motivos de denegación y conclusiones

I. Contexto y cuestiones relevantes de la resolución comentada

1. Nos encontramos ante un auto desestimatorio de una solicitud de medidas cautelares contra un buque que por algunas de sus particularidades resulta relevante para el estudio jurídico. Por un lado, no se trata de un “embargo preventivo” de buques en su concepción más generalmente entendida¹ ya que en este caso el demandante no solicita la inmovilización del buque, sino la anotación del embargo en el Registro Marítimo Español para impedir la venta de la embarcación en tanto en cuanto no se haya satisfecho la deuda.

2. Si bien, como decíamos, no se trata del supuesto general plasmado en la legislación aplicable a este tipo de embargos, la citada anotación en el Registro de Bienes Muebles y la prohibición de enajenar sí que están contempladas por nuestra Ley de Navegación Marítima² (en adelante LNM) en su artículo 473. Conviene apuntar que este supuesto está limitado a embargos estrictamente nacionales, es decir, aquellos practicados sobre “buques españoles que se encuentren materialmente dentro de la jurisdicción española” y “a solicitud de personas que tengan su residencia habitual o su establecimiento principal en España”.

3. En todo caso, siendo clara esta posibilidad, la controversia fundamental en este caso -de neta trascendencia internacional- se refiere al hecho de que el deudor, y explotador comercial del buque, no es a su vez propietario del mismo³ y en la pertinencia de acceder al embargo preventivo de la embarcación en estos supuestos. El tribunal debe, por tanto, determinar si accede a conceder un embargo sobre un bien, en este caso un buque, por una deuda generada por una persona que no es propietaria de dicho bien, con las evidentes repercusiones que ello generará para el efectivo propietario.

4. En la controversia a la que se refiere el presente comentario la propietaria del buque es una empresa diferente a la explotadora del mismo -y deudora-, que lo explota en virtud de un contrato de leasing.

II. Legislación española sobre embargo preventivo de buques – del Código de Comercio a la Ley de Navegación Marítima

5. Procede, como primera aproximación a la cuestión, examinar el sistema de fuentes que regula la posibilidad de practicar un embargo preventivo de buques en Derecho español.

6. En la actualidad España cuenta con una dualidad de regímenes en el que conviven el Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques de 1999 con la norma española de referencia en materia marítima, la LNM, siendo aplicables otros preceptos de la legislación procesal española para cuestiones específicas no reguladas por los textos anteriores.

7. De la regulación “primitiva” que contenía el Código de Comercio⁴ a la situación actualmente vigente -descrita supra- la legislación española ha vivido diferentes fases. La primera etapa de regula-

¹ El artículo 1.2 del Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques de 1999 (En España: Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, «BOE» núm. 104, de 02/05/2011) define “Embargo” como “toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo, pero no comprende la retención de un buque para la ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutorio.”

² Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, «BOE» núm. 180, de 25/07/2014.

³ Nos encontramos ante un supuesto muy habitual en la práctica, que recibe diferentes representaciones jurídicas.

⁴ En relación con el embargo, en general, de buques se aplicaba el artículo 584 en relación con los artículos 690.4, el 755.11, el 789.3, el 795, el 809.4 y el 811.10. Con todo, la regulación se limitaba al embargo ejecutivo, por lo que no existía una figura equivalente.

ción específica de la medida vino de la mano de la Ley 2/1967 sobre embargo preventivo de buques⁵, elaborada para adaptar el Convenio de Bruselas sobre embargo preventivo de buques de 1952 -al que alude la resolución comentada en su fundamento de Derecho primero- a la normativa española. Estas dos normas contaban con la LEC 1881 como norma supletoria.

8. Una segunda etapa supuso el periodo transitorio entre la vigencia del Convenio de 1952 y su sucesor, etapa en la que convivieron ambos convenios -desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 28 de marzo de 2012⁶-. Dado que no se había producido denuncia del Convenio de 1952, este seguía vigente y la versión más reciente solo podía aplicarse a buques de Estados parte en ambos convenios.

9. A continuación, denunciada ya la versión de 1952, los instrumentos legislativos aplicables eran el propio Convenio de 1999 junto con la LEC. Todo ello hasta la esperada entrada en vigor de la LNM, que dotaría a la legislación española finalmente de un texto *ad-hoc* para regular diferentes cuestiones en materia marítima.

10. Nuestra legislación carecía de una regulación general en materia marítima hasta la aprobación de esta norma, que nació con vocación de ser una norma completa, que contemple “todos los aspectos”⁷ del Derecho marítimo español⁸. Para cumplir dicho objetivo en un contexto tan intrínsecamente internacional, el legislador enumera una serie de textos internacionales que servirían de referencia para elaboración de la Ley⁹.

11. Asimismo, en relación con la materia que nos ocupa, el título IX de la ley, referido a “especialidades procesales” dedica el capítulo II en exclusiva al embargo preventivo de buques, remitiendo para ello de manera expresa al Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1999 como norma de referencia para la regulación de dicha figura en España, sirviendo la LNM para completar las estipulaciones del texto internacional.

⁵ Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, «BOE» núm. 86, de 11 de abril de 1967, p. 4776.

⁶ A través del Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico, «BOE» núm. 208, de 30 de agosto de 2011.

⁷ Preámbulo LNM, punto I.

⁸ Aspectos a los que, naturalmente, no podemos referirnos de manera pormenorizada pero extensamente tratados en la doctrina española, vid., entre otros: A. EMPARANZA y J.M. MARTÍN OSANTE, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015; CAMPUZANO, A. B. y E. SANJUÁN (dir.), *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015; S. DÍAZ RIBES, “El embargo preventivo de buques y el salvamento marítimo en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley*, 6482/2014, pp. 8-10; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La dimensión procesal internacional en la Ley de navegación marítima”; AA.VV., *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Vitoria, 2006.

⁹ Destacan entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar -CNUDM- (en España: Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, «BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 1997); el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Convenio SOLAS) (en España: Instrumento de Ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974, «BOE» núm. 144, de 16 de junio de 1980); las Reglas de York y Amberes sobre avería gruesa (elaboradas por el Comité Marítimo Internacional), remitiendo además expresamente a convenios como el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 (En España: Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, hecho en Londres el 28 de abril de 1989, «BOE» núm. 57, de 8 de marzo de 2005); el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969. Hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992 (En España: Instrumento de adhesión de España al Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969. Hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992, «BOE» núm. 225, de 20 de septiembre de 1995) o al Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS 2001), hecho en Londres el 23 de marzo de 2001 (En España: Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques (BUNKERS 2001), hecho en Londres el 23 de marzo de 2001, «BOE» núm. 43, de 19 de febrero de 2008).

12. Vigente por tanto la LNM, la situación en España es, actualmente, la siguiente:

- Para embargos preventivos de buques contemplados en el ámbito de aplicación del Convenio de 1999, prevalecerá el Convenio y será de aplicación supletoria la LNM.
- Para supuestos excluidos del ámbito de aplicación del Convenio -supuestos meramente nacionales o embargos de buques que enarbolan pabellón de Estados no parte del Convenio- la norma de aplicación preferente será, en este caso, la LNM (si bien remite para numerosas cuestiones al Convenio).

13. El caso al que nos referimos en el presente comentario, según los datos aportados en la resolución, parece ser un caso de los que consideraríamos “estrictamente nacionales”, por cuanto que tanto el deudor, como el acreedor, como el propio buque ostentan nacionalidad española, Procede por ello analizar el régimen jurídico de la LNM y del Convenio conjuntamente. Análisis que, desde luego, no puede obviar el carácter eminentemente internacional del objeto principal de estudio -la cuestión del embargo por deudas ajenas al propietario del buque-, por cuanto que la controversia es perfectamente extrapolable a situaciones de embargo preventivo internacionales.

III. Embargo preventivo de buques en España - Régimen jurídico

14. En efecto, aunque debemos acudir a la LNM, por tratarse de un supuesto estrictamente nacional, veremos que ello no supone apartarnos del régimen establecido por el Convenio. Ante la citada dualidad de fuentes, el propio articulado de la LNM establece en su artículo 470 la prevalencia del Convenio para todos aquellos embargos de buques decretados en España.

“Artículo 470. Naturaleza y regulación de la medida.

1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha medida conllevará necesariamente la inmovilización del buque en el puerto donde se encuentre.”

15. Asimismo, delimita el concepto de “embargo preventivo” a supuestos que conlleven la inmovilización del buque, con una excepción a este requisito que deviene relevante en el presente caso.

16. El citado art. 473 permite, en los supuestos de embargos “estrictamente nacionales” a los que nos referíamos, la sustitución de la citada inmovilización por “la anotación en el Registro de Bienes Muebles de la medida y, en su caso, de la prohibición de enajenar.” La solicitud de medida cautelar en este caso se refiere expresamente a esta posibilidad.

17. Continuando con un breve repaso al articulado, en referencia a la competencia judicial, el artículo 471 dota de competencia para decretar el embargo al tribunal que tuviera competencia sobre el fondo o al del puerto en el que esté o se espera que arribe el buque.

18. Se establece de esta manera la competencia para decretar el embargo del tribunal competente para conocer la demanda principal, si bien no de forma exclusiva, pudiendo ser decretado, además, por el tribunal del lugar en el que se encuentre el buque o en el que “se espere que llegue”¹⁰.

¹⁰ Esta última consideración es una de las principales diferencias entre el precepto español y la norma recogida en el Convenio, ya que la posibilidad de solicitar el embargo en el puerto en el que se “espere que llegue” el barco es una alternativa no expresamente recogida en el Convenio.

19. En relación con la competencia objetiva se han generado algunas dudas en la doctrina¹¹ española, por cuanto la naturaleza de las deudas puede requerir la actuación de diferentes órdenes jurisdiccionales. Aunque la competencia para conocer sobre el caso recaerá, en general, sobre los juzgados de lo mercantil –ex. artículo 86 ter LOPJ–, algunas cuestiones como los créditos relativos a reclamaciones salariales de la tripulación serán conocidos por los Juzgados de lo Social -ex. artículo 2.a de la Ley reguladora de la jurisdicción social-. Otros créditos, como supuestos de asistencia, salvamento remolque, pueden recaer en el ámbito competencial de los Tribunales de lo contencioso administrativo.

IV. Deudas de arrendatarios o fletadores del buque

20. Al margen de las consideraciones “estrictamente nacionales” relacionadas, sobre todo, con dar al embargo la forma de anotación en lugar de la paralización del buque, la resolución comentada incide en una cuestión cuyas derivadas son de incuestionable interés para el Derecho internacional.

21. La figura de los contratos de utilización de buques alberga, en una disciplina de alcance mundial como es el Derecho marítimo, una pluralidad de específicos contratos¹² sobre los cuales se deben hacer algunas puntualizaciones antes de proceder al análisis del régimen jurídico que regula los embargos preventivos en estas situaciones. La distinción tiene su relevancia práctica, puesto que en ocasiones el Convenio sobre embargo preventivo se refiere -artículo 3.1.b- a “arrendamiento a casco desnudo” específicamente.

22. Debemos distinguir, en términos generales entre dos figuras: el arrendamiento a casco desnudo (*bare-boat charter*) y el arrendamiento de buque armado y equipado (*charter by demise*).

23. El primer supuesto es definido por el artículo 2.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques¹³ como “un contrato de arrendamiento de un buque por un tiempo determinado en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control plenos del buque, incluido el derecho a designar el capitán y la tripulación por el periodo de arrendamiento”.

24. Este último punto es el determinante a la hora de distinguirlo del *charter by demise*, la tripulación en este caso será contratada por el propietario o arrendador, aunque ceda toda la gestión de la misma al arrendatario. No es esta, sin embargo, la única diferencia, por cuanto que en el arrendamiento de buque armado se exige, además de la tripulación, que el propietario pertreche y equipe el buque para la navegación.

25. Por el contrario, en el caso del arrendamiento a casco desnudo será el arrendatario el que se hará cargo de estas cuestiones, siendo la única obligación del arrendador entregar la posesión de un buque en condiciones de navegabilidad.

26. En el “leasing” al que se refiere la resolución comentada estaríamos ante una figura equiparable a este arrendamiento a casco desnudo, por cuanto que de la lectura del penúltimo párrafo del fundamento de derecho segundo se infiere que es el arrendatario el que hace frente a los salarios de la tripulación, por lo que debemos entender que será este quien la contrata. Veremos a continuación en qué condiciones debe entenderse embargable un buque por deudas ajenas al propietario.

¹¹ A. B. CAMPUZANO/E. SANJUÁN, *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 503.

¹² Vid. entre otros I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., pp. 493 y ss.

¹³ Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques, Adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Matriculación de Buques, 1986.

V. Posibilidad de embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada

27. En el contexto descrito, debemos centrar el análisis en el motivo alegado por el tribunal para denegar el embargo en este caso.

28. Como decíamos, en la práctica marítima resulta habitual que la propiedad de una embarcación no se corresponda con la efectiva explotación del buque, lo que genera, en el caso de surgir deudas, evidentes problemas para el acreedor que se cree desprovisto de una de las principales vías para asegurarse el cobro de la deuda, como es el embargo preventivo del buque en cuestión.

29. Con todo, el artículo 3.1.b¹⁴ del Convenio establece la embargabilidad de un buque por deudas de su *demise charterer* o arrendatario a casco desnudo -que lo fuera en el momento de surgir el crédito y en el momento en que se solicite el embargo-, e introduce un punto de gran trascendencia -al que alude el tribunal en el caso comentado- en el artículo 3.3, limitando el embargo, en estos casos, a situaciones en las que el crédito alegado pueda dar lugar a una ejecución del buque para satisfacer dicha deuda según la legislación nacional del país en que se practique el embargo.

30. En concreto, según el citado artículo, se limita el acceso al embargo preventivo, cuando el deudor no sea a su vez el propietario, a tres supuestos:

- a. Créditos marítimos privilegiados, que coinciden con los créditos marítimos privilegiados regulados por el artículo 4 del Convenio sobre privilegios marítimos e hipoteca (CPH¹⁵) y a los que nos referiremos a continuación.
- b. Créditos garantizados con hipoteca naval (artículo 1.u del Convenio sobre embargo preventivo).
- c. Controversias en torno a la propiedad o posesión del buque (artículo 1.s del Convenio sobre embargo preventivo).

31. Respecto de la alusión a crédito privilegiados, aunque el Convenio sobre embargo preventivo rehúsa deliberadamente a referirse de manera expresa al CPH¹⁶, muchos de los créditos recogidos en la siguiente lista han sido, como veremos, adoptados del Convenio sobre privilegios e hipoteca.

32. En ausencia de regulación expresa en el Convenio, la *lex fori* será la que determine la naturaleza privilegiada o no del crédito, siendo el citado convenio CPH de aplicación en Estados como España¹⁷, razón por la cual el tribunal remite al artículo 4 de este convenio en la resolución. Todo ello responde a la lógica de dotar al potencial acreedor de algún instrumento para poder hacer efectiva su deuda en supuestos que ordinariamente pueden suscitarse en la operativa marítima y es una herramienta que debemos valorar de manera muy positiva¹⁸.

33. Concretamente, dicho artículo 4 CPH se refiere a:

“a) los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación (...)

¹⁴ 3.1.b.: “Si el arrendatario a casco desnudo del buque en el momento en que nació el crédito marítimo está obligado en virtud de ese crédito y es arrendatario a casco desnudo o propietario del buque al practicarse el embargo; o”

¹⁵ Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993 (En España: Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, «BOE» núm. 99, de 23 de abril de 2004).

¹⁶ Introduciendo además -ex. artículo 9- la indicación de que el Convenio en ningún caso dará lugar a la creación de privilegios marítimos

¹⁷ Aunque no se trata de un texto de gran implantación internacional -ni cualitativa ni cuantitativamente a juzgar por el número y la relevancia internacional de los Estados que lo han ratificado, 19 Estados parte a la fecha de publicación del presente trabajo: vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en

¹⁸ En la misma línea, entre otros I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo* (Ley 14/2014 de Navegación Marítima), Civitas, Madrid, 2015, p. 476.

- b) los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;
- c) los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque;
- d) los créditos por derechos de puerto, de canal y de otras vías navegables y practicable;
- e) los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.”

34. Vemos por tanto que la condición que en la práctica hace embargables los buques por deudas ajenas a su propietario se resumen en que dichos créditos tienen que estar dotados de reipersecutoriedad, que vincule al buque independientemente de la persona generadora del crédito. A la misma lógica responde la inclusión tanto los litigios relativos a la hipoteca o aquellos en los que se discute la propiedad o posesión del buque.

VI. Motivos de denegación y conclusiones

35. Establecidas las condiciones para acceder al embargo por deudas de una persona distinta al propietario, el Juzgado de lo Mercantil desestima la petición considerando que “ni se prueba ni se alega” que la deuda sobre la que se sustenta la petición de embargo se acoja a ningunos de los supuestos citados.

36. Según la propia resolución, el crédito alegado es un “préstamo concedido al armador” y se alega que dicho crédito “tiene carácter de crédito marítimo al haber abonado partidas que se corresponden con los apartados l) y o), conforme al artículo 1.1. del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999”. Se trataría, por tanto, de créditos para atender a cuestiones como “Las mercancías, materiales, provisiones, combustibles, equipo (incluidos los contenedores) suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento” (1.1. l del Convenio) o “Los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre” (1.1. o del Convenio).

37. Este último apartado citado, relativo a salarios de la tripulación se corresponde con el artículo 4.1.a del CPH por lo que, a priori, podríamos considerar que se trata de un crédito dotado de privilegio marítimo. A esta cuestión se refiere el tribunal en los dos últimos párrafos del fundamento de Derecho segundo.

38. Al parecer únicamente se prueba la existencia de un préstamo entre el solicitante de la medida y el armador, pero sin probar que las cantidades percibidas con ese importe fueran destinadas a pagar salarios de la tripulación (lo que supondría la consideración de crédito privilegiado), como se alega. Con todo, al referirse el tribunal a un “préstamo parcial para pago de los sueldos de la dotación del buque (tres nóminas de 3000, 2500 y 3000 euros)”, no argumenta con claridad si el uso “privilegiado” de dicho crédito está o no probado o si descarta su naturaleza privilegiada únicamente porque solo parte de la cantidad pedida en préstamo fue destinada al pago de salarios, lo que, entendemos, supondría una interpretación cuestionable de la legislación aludida en el presente comentario.

39. En definitiva, la naturaleza del crédito tiene una importancia muy significativa en Derecho marítimo, rama jurídica cuya especial idiosincrasia se muestra una vez más en esta resolución en la que conviven cuestiones de Derecho nacional e internacional privado. Se generan, en consecuencia, controversias que derivan en análisis complejos, como podemos ver al leer el auto comentado, que en pocos párrafos remite a multitud de normas internas e internacionales para dar solución a una cuestión menor en apariencia, como la reclamación de un crédito.

RESTITUCIÓN DE MENOR A CHILE: COMENTARIO A LA
SENTENCIA Nº 619/2020 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE MADRID, DE 29 DE JULIO DE 2020

CHILD RESTITUTION TO CHILE: COMMENTARY TO
THE JUDICIAL DECREE NO. 616/2020 OF THE PROVINCIAL
COURT OF MADRID, OF 29TH JULY 2020

GLORIA PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Miembro de la Red Española Europea de expertos en Derecho Internacional Privado

Recibido:30.11.2021 / Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6717>

Resumen: La sustracción o traslado de menores o su retención ilícita por parte de un progenitor o persona que tenga otorgada la guarda por resolución administrativa o judicial, en contra de la voluntad del otro progenitor y en ausencia de una autorización judicial que lo permita constituye un delito castigado por la legislación. Los tiempos de actuación para procurar el inmediato retorno del menor sustraído deben ser muy rápidos y para ello la cooperación internacional, con los instrumentos legales existentes, es indispensable. Crear tratados y convenios internacionales para los Estados que no forman parte de los ya existentes, es imprescindible.

Palabras clave: Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Sustracción internacional de menores

Abstract: Child abduction or child's transfer or their illegal retention by a parent or person who has been granted custody by administrative or judicial resolution, against the other parent wish and in the absence of a judicial authorization that allows it, is a punishable offense. The action times to ensure the immediate return of the abducted child must be very fast and so, international cooperation, with the existing legal instruments, is essential. Create international agreements and conventions for Estates that are not part of the existing ones, it is essential.

Keywords: 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 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. International Child Abduction

Sumario: I Presentación del caso. 1. Los datos del caso. 2.- Antecedentes judiciales en Chile 3.- Antecedentes judiciales en España II. Instrumentos legales internacionales de aplicación al caso. 1. Convenio de la Haya de 1980 de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores 2. Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. III. Resolución del caso por la Audiencia Provincial 1.- Alegaciones del apelante. 2. Alegaciones del Ministerio Fiscal 3. Alegaciones del Abogado del Estado 4.- Fallo de la Audiencia IV. Conclusiones. 1.- La sustracción internacional de menores 2. La sustracción interregional de menores.

I. Presentación del caso

1. Los datos del caso

1. El presente comentario analiza la sentencia dictada por la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimosegunda, de 29 Julio 2020¹ en el contexto del traslado de una menor de 9 años de Chile a España por parte de su padre y su abuela paterna. La madre formula denuncia de sustracción ante la Autoridad Central Chilena en fecha 24 septiembre 2019, momento en el que se despliegan las actuaciones judiciales que dan lugar a esta Sentencia. La identidad de todas las partes afectadas ha sido protegida.

2. Nos encontramos con una familia compuesta por tres miembros. El Padre, I., la madre M.E. y una hija común de 9 años M.J., nacida en Montevideo (Uruguay) que desde el año 2012 residen en Chile, habiéndose declarado su residencia definitiva en junio 2017 mediante certificado de permanencia definitiva emitido por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad Pública de Chile. Interviene también, la abuela paterna, P. Es abundante la documentación incorporada en todos los procedimientos habidos, tanto en Chile como en España, que hace concluir una “*absolutamente indubitada*”² residencia habitual de la menor en el país de Chile.

3. En Septiembre de 2019, la madre concedió autorización a la abuela paterna de la niña para que viajara a Madrid entre los días 13 al 22 de Septiembre, estableciendo su regreso a Chile el 22 de Septiembre. No retornando la niña en la fecha prevista, la madre puso en conocimiento de la Autoridad Central chilena la sustracción de la menor, lo que dio lugar al procedimiento interpuesto por el Abogado del estado nº 119/2020 seguido ante el juzgado de primera instancia nº 79 de Madrid, en el que fueron parte el Ministerio Fiscal por una parte y el padre y la abuela paterna por otra, como denunciados del traslado ilícito.

4. El juzgado de Primera instancia nº 79 de Madrid dictó, en fecha 28 Febrero 2020, sentencia por la que estimaba la solicitud del Abogado del Estado, declarando “*la restitución de MJ a Chile donde reside en compañía de su madre, Doña ME*”, y condenando al padre y a la abuela paterna en costas y a que abonaran “*los gastos del viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al estado donde tuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción*”

5. Así las cosas, el padre y la abuela paterna interpusieron recurso de apelación, oponiéndose a la restitución, basando su alegación, fundamentalmente, en lo establecido en el artículo 13.b del convenio de la Haya de 1980³, sobre sustracción internacional de menores, esto es, que “*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*”, señalándose fecha para el fallo el 23 de Julio 2020 y dando lugar a la Sentencia 619/2020 de 29 de Julio 2020, que ahora comentamos.

2. Antecedentes judiciales en Chile

6. Antes de producirse la retención de la niña en Madrid por parte del padre y de la abuela, la familia ya llevaba cierto recorrido litigioso en Chile, lo que, de por sí, como veremos más adelante, no es determinante para establecer la ilicitud o no del traslado y la retención de M.J. en Madrid, pues el Convenio de La Haya 1980 sobre sustracción de menores, regula la procedencia -o no, de existir razones que lo justifiquen- del retorno del menor a su país de procedencia por ser este su residencia habitual, sin pronunciarse sobre las medidas civiles en cuanto a custodia o contactos, dado que esta cuestión es

¹ SAP Madrid 29 Julio 2020 [[ECLI:ES:APM:2020:8521]],

² Así queda recogido en el FD Segundo de la SAP Madrid 616/2020 de 29 Julio 2020.

³ <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>.

competencia exclusiva del país donde el menor tenga esa residencia habitual. No obstante lo anterior, a pesar de no ser determinante, si es relevante para analizar el histórico judicial y personal de la familia en conflicto, así como elemento probatorio que cada parte presenta⁴

7. Así, el Tribunal de Familia chileno, por sentencia de fecha 6 Septiembre 2018, había otorgado el cuidado exclusivo de la hija común a la madre, modificando el previo cuidado personal compartido, y concediendo unos contactos de fines de semanas alternos al padre siempre que este se encontrara en Chile, pues en aquel momento vivía en Catar. Había también denegado la petición del padre de autorizar la salida de la niña de Chile porque no se concretaba las fechas.

8. El padre formuló recurso de apelación contra esta Sentencia y el 14 Noviembre 2018 la corte de apelaciones de Santiago dictó resolución confirmándola, planteando el padre entonces recurso de casación ante la Corte de Apelación de Santiago, recurso que fue rechazado por Sentencia de 5 Marzo 2019, manteniendo entonces las medidas ya establecidas por el Tribunal de Familia.

9. En este contexto, y ante el incumplimiento de las medidas adoptadas, madre y abuela acuerdan de forma extrajudicial visitas programadas entre la abuela y la nieta a fin de que ambas no pierdan el vínculo. Este acuerdo de visitas es aprobado por el Tribunal competente.

10. El 18 abril 2019, el Juzgado de Familia n° 1 de Santiago de Chile, dictó sentencia de divorcio confirmando las medidas ya establecidas. En el transcurso de este procedimiento, la madre, M.E., concedió autorización a la abuela paterna, P., para que la niña pudiera salir de Chile, en su compañía, entre los días 13 a 22 de Septiembre 2019, de igual manera que ya se había hecho para la salida de la niña de Chile entre los días 18 a 28 de Julio 2019 y los días 14 a 30 de enero 2018, en esta primera ocasión para viajar a Francia. Es esta autorización la que se utiliza para trasladar a la niña a España y la que el padre incumple al no retornarla y retenerla en Madrid, dando lugar a la denuncia de la madre por sustracción de menores, presentada el 24 Septiembre de 2019 ante la Autoridad Central chilena.

11. No conforme el padre con la Sentencia de divorcio dictada, y considerando que la niña no estaba bien atendida por su madre, padre y abuela paterna solicitaron una medida cautelar consistente en que esta no se relacionara con su hija, alegando “*actos vulneradores de derechos imputables a la madre*”, petición que fue rechazada por el Juzgado de familia de Santiago de Chile en fecha 5 Junio 2019 al considerar que la madre tenía “*un repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en la relación con la hija*”. Concluye esta resolución judicial, tras la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que “*estamos frente a un padre que ha intentado dos demandas de medida de protección en contra de la madre obligando no solo a la madre, sino que a la niña, a someterse al sistema judicial*”.

12. Además de lo anterior, en el año 2013 y en el contexto de la aún existencia del matrimonio, ambos progenitores “*domiciliados en Santiago*” habían otorgado una autorización Notarial conjunta y recíproca, para que su hija pudiera viajar sola en compañía de uno u otro “*sin límite en el tiempo y hasta la mayoría de edad y sin limitación en cuanto al país extranjero al que se dirija*”.

13. De todos estos antecedentes judiciales, podemos concluir que cuando la niña salió de Chile con destino a España lo hizo con una autorización expresa de la madre a la abuela paterna, que no al padre, con fecha cerrada de retorno, que existía una Sentencia de divorcio que otorgaba sus cuidados exclusivos (custodia) a su madre M.E. y concedía a su padre unos contactos (visitas) de fines de semana alternos siempre que este se encontrara en la ciudad, pues en aquellos momentos vivía en Catar, que

⁴ Con relación a esto, al SAP Madrid que comentamos recoge. Con total claridad, que las autoridades chilenas son las competentes para conocer, resolver y proteger la situación, derechos e intereses de Mari José, conforme a la legislación nacional y convenios internacionales.

había quedado pacíficamente resuelto que la residencia habitual de M.J. era Chile y que el padre ya había alegado en un procedimiento judicial falta de diligencia por parte de la madre en el cuidado de la niña, sin que su pretensión hubiera prosperado al estimar el órgano judicial que tal falta de diligencia no se estaba produciendo.

3. Antecedentes judiciales en España

14. A la llegada de la niña a Madrid en Septiembre de 2019, el padre presentó demanda de jurisdicción voluntaria solicitando la protección de la niña y que se le reconociera su guarda y custodia, alegando la situación de desnutrición en la que M.J. llegó a España, así como que su custodia estaba siendo ejercida de forma inapropiada por parte de su madre. Esta petición fue denegada por el Juzgado de primera instancia en Auto de 6 Noviembre 2019, declarando que carecía de “*jurisdicción y competencia internacional para conocer de las medidas...*”, en aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. No conforme con esta resolución, el padre planteó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, siendo este recurso resuelto por la misma Sección que dictó la sentencia que ahora se comenta, por Auto de 3 Julio 2020 en el que el Tribunal ya advirtió “*desacuerdo ejercicio patria potestad al determinar la competencia para conocer de las medidas paterno filiales urgentes*” planteada por el recurrente Don I.

15. Posteriormente y con la misma argumentación, el padre volvió a presentar demanda de jurisdicción voluntaria, que recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid y que en el momento de dictar la Audiencia Provincial la Sentencia que se está comentando, estaba pendiente de resolver.

16. Con motivo de la denuncia por sustracción interpuesta por la madre ante la Autoridad Central de Chile, se siguió en el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid los Autos de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional 119/2020, dando como resultado un Auto de medidas cautelares de fecha 26 Febrero de 2020 y el fallo de fecha 28 de Febrero 2020 ya adelantado al inicio de este artículo, que ordenaba la restitución de M.J. a Chile por ser esta su residencia habitual donde convive con su madre, Doña M.E.

II. Instrumentos legales internacionales de aplicación al caso

1. Convenio de la Haya de 1980 de 25 de Octubre sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

14. La Conferencia de la Haya⁵ se ha ocupado de los aspectos civiles de la protección de “*todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. (...)*” (artículo 4), que se encuentran en situaciones transfronterizas de riesgo. Desde 1980 se han elaborado tres Convenios de la Haya relativos a menores, con el propósito de proporcionar mecanismos e instrumentos prácticos que permita a los Estados miembros cooperar entre ellos: el Convenio de la Haya 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores; el Convenio de la Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; y el Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

15. El Convenio de La Haya de 1980 fue adoptado por la Conferencia de la Haya en su 14ª sesión el 25 de octubre de 1980. Se trata de un tratado multilateral cuya finalidad es establecer los pro-

⁵ <https://www.hcch.net/>

cedimientos para la restitución efectiva de menores de 16 años (artículo 4) que hayan sido trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, distinto de donde residen habitualmente, violando así el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, así como velar para que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (artículo 1).

16. El artículo 3 desarrolla qué se considera como traslado o retención ilícita de un menor. Así, se considerará ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia conforme al derecho vigente en el estado en el que el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención o cuando este derecho se ejercía de forma efectiva. El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho interno de estado donde el menor tenía su residencia habitual.

17. El concepto de residencia habitual es un concepto fáctico que no debe atender a situaciones tales como el empadronamiento, el lugar de nacimiento o la nacionalidad que indique el pasaporte, sino al lugar donde el menor tenga su “centro social de vida”⁶. La determinación de la residencia habitual de los bebés, que aún por si solos no tienen un “centro social de vida”, se decidirá en función de la residencia habitual de las personas con las que habitan⁷. En cuanto a la interpretación del concepto de residencia habitual de los concebidos no nacidos, el TJUE, ante una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ha aclarado que, la negativa de una madre a volver al país donde ésta tenía su residencia habitual antes del nacimiento del bebé, no constituye un traslado ilícito, pues no se puede considerar, a efectos del Reglamento que ese menor tuviera su residencia en aquel primer estado.⁸

18. Una vez que se ha determinado el traslado o retención ilícito, el estado contratante donde se halle el menor deberá ordenar la inmediata restitución a su país de residencia habitual, en todo caso siempre que hubiera transcurrido menos de un año, e incluso aunque hubiera transcurrido más de un año, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente (artículo 12)

19. No obstante lo anterior, el artículo 13 recoge los supuestos de oposición para denegar la restitución del menor. Estos son: a) que no se estuviera ejerciendo de modo efectivo el derecho de custodia por la persona o institución al cargo o b) que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Es este el motivo de oposición más habitualmente utilizado.

20. Ante la gran casuística de supuestos que pueden alegarse dentro del marco del artículo 13b) sería conveniente una unificación, existiendo tres grandes grupos de sentencias que admiten la oposición, que la rechazan y que se mueven en una zona gris indeterminada. Es el invocado por el padre de M.J. en su recurso de apelación para evitar el retorno de la niña a Chile.⁹

⁶ *El lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005), el «espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias, espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses» (Sent. 1 Juzgado Mixto Carabayllo, Perú 19 julio 2005 [sustracción desde Argentina al Perú]).*

⁷ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sustracción Internacional de menores. Una visión general*. El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios (Junio 2011), pp. 124 ISBN 9788499111360- <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 8 de junio de 2017 OL contra PQ Petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Athinon ASUNTO C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-111/17&language=es>

⁹ I. LORENTE MARTÍNEZ, “Protección 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*, Vol. 13, nº 1, 2021, pp. 966-973.

21. En definitiva, los elementos fundamentales sobre los que se basa la aplicación de este convenio son la determinación de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención, la confirmación sobre si este traslado o retención ha sido ilícito o no y el análisis sobre si existen motivos reales de oposición y excepcionales que impidan el retorno.

22. Es especialmente importante respecto al Convenio de la Haya 1980 recalcar que nunca se encargará de resolver sobre el fondo de la titularidad de los derechos de guarda o de visitas, ni sobre la atribución o privación de patria potestad o responsabilidad parental, puesto que no regula la ley aplicable a estos temas, estableciendo únicamente “una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual”¹⁰. Estas cuestiones tendrán que ser decididas por los Tribunales del estado donde el menor tenía su residencia habitual y del que ha sido sustraído, pues son los únicos competentes para hacerlo según el artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, que vemos a continuación.

2. 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

23. El origen de este Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003¹¹, lo encontramos en los artículos 61,65 y 67 del TCE, introducidos en el Tratado de Ámsterdam de 1.997, que atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial civil. Este Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial y será sustituido a partir del 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (CE) n° 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019¹², que se aplicará a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha, siendo uno de sus principales objetivos mejorar las relaciones con el Convenio de la Haya del 96, 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.¹³

24. El artículo 10 regula la competencia en caso de sustracción de menores. Así, dice este artículo 10 que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, serán competentes para determinar asuntos relativos a la responsabilidad parental, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y todo aquel que tenga un derecho de custodia esté conforme con el traslado o haya transcurrido más de un año y el niño, niña o adolescente (en adelante NNA) esté integrado en su nuevo entorno cumpliéndose alguna (no acumulables) de estas condiciones: que en el plazo de un año no se hubiera presentado ninguna demanda de restitución, que se haya desistido de esta, que se haya archivado o que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Sustracción Internacional de menores. Una visión general*. El discurso civilizador en Derecho Internacional: cinco estudios y tres comentarios (Junio 2011), pp. 115-155 ISBN 9788499111360-<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>

¹² <https://www.boe.es/doue/2019/178/L00001-00115.pdf>

¹³ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya d3 19 de Octubre de 12996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N° 1, 2020, pp. 97-117.

25. Excepcionalmente, regula el artículo 15, la competencia para conocer de esta materia la tendrá otro Estado si el órgano jurisdiccional del Estado en principio competente considera que el menor pueda tener una mayor vinculación y por tanto esté mejor situado para conocer el asunto o una parte de este y siempre que responda al interés superior del menor.¹⁴

26. Es en este contexto sobre la competencia para adoptar medidas en el ámbito de la responsabilidad parental en el que la Jurisdicción Voluntaria planteada por el padre solicitando medidas cautelares y protección de la menor fue rechazada, al declararse el Juzgado de Primera instancia carente de “*jurisdicción y competencia internacional para conocer de las medidas...*”, resolución confirmada por la Audiencia Provincial, tras el recurso de apelación presentado por el padre.

27. Además, el padre, en su recurso, invocó erróneamente la aplicación del Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019 que, como hemos dicho no entrará en vigor hasta el 1 Agosto 2022, razón por la que también su pretensión de adopción de medida cautelar de protección sobre M.J., es rechazada, poniendo de manifiesto el Juzgado de Instancia su error.

III. Alegaciones ante al Audiencia

28. Ante la declaración de restitución de la niña a Chile por Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid, la representación del padre y de la abuela paterna, interpuso recurso de apelación, dando traslado de su escrito a las demás partes personadas, esto es, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, que presentaron sendos escritos de oposición al recurso.

1. Alegaciones del apelante

29. El padre interesa la renovación de la resolución recurrida y solicita se deniegue la restitución a Chile de su hija. Sus alegaciones principales fueron que la menor “*había residido en Chile de manera circunstancial junto a su madre al haberse divorciado*”; que la menor había viajado a España “*con su abuela paterna bajo una doble autorización materna de un precedente poder general de traslado sin límite de tiempo ni lugar*”; que la niña “*está arraigada habitacionalmente*”, que está empadronada y escolarizada y que realiza actividades deportivas y lucrativas en Madrid; que “*la custodia de M.J. estaba siendo ejercida de forma inapropiada y su efectividad quedaba comprometida*” y aludiendo al “*riesgo para la integridad física, para la integridad moral y para su integridad sexual*”

30. En definitiva, la representación del padre y abuela paterna alega el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 que hemos visto, como argumento de la improcedencia de la restitución de la menor al lugar donde tales hechos se están produciendo.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal

31. Por su parte el Ministerio Fiscal solicita que se confirme la Sentencia de instancia alegando que la residencia habitual de M.J. es Chile y no ha transcurrido el plazo de un año que recoge el artículo 12 del Convenio de la Haya 1980; que la madre nunca consistió el traslado a España de su hija más allá del periodo vacacional para el que había dado autorización a la abuela paterna entre los días 13 a 22 de Septiembre 2019; que no podía alegarse aquel poder notarial recíproco que se otorgaron los progenitores mediando aún matrimonio y que además la madre había accionado de inmediato cuantos procedimientos estuvieron a su alcance para conseguir el retorno de su hija. Trae, además, como motivo de oposición el

¹⁴ *Ibidem.*

hecho de que ya el juzgado de familia de Santiago de Chile en 5 junio 2019 rechazó la petición del padre para que la niña no se relacionara con la madre, encontrando que esta tenía un “*repertorio de competencias parentales satisfactorias visualizándose un vínculo cercano y afectivo en la relación con su hija*”.

32. En resumen, el Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del artículo 13 del Convenio de la Haya 1980 y acepta el retorno de la niña a Chile

3. Alegaciones del Abogado de Estado

33. El Abogado del Estado pide también que se confirme al resolución de instancia, añadiendo a las mismas razones alegadas por el Ministerio Fiscal que la sentencia de modificación de medidas de cuidado personal de 6 de septiembre de 2018 de la autoridad judicial chilena atribuye a la madre el cuidado personal de su hija y que por tanto, teniendo esta la custodia exclusiva de su hija y residiendo al madre en Chile, es allí donde hay que entender que está la residencia habitual de M.J., explicando que la razón por la que la niña está ahora en Madrid es únicamente porque el padre la ha retenido, superando la autorización dada por la madre para viajar a España, en contra de la opinión de la madre e infringiendo la legalidad chilena.

34. Finalmente hace también alusión a que en ninguno de los informes aportados al procedimiento se hace referencia a que la niña estuviera mal atendida o estuviera en riesgo y que no existe indicio alguno de se hubiera producido abuso de ningún tipo, incidiendo de nuevo en la acreditación de que la madre está perfectamente capacitada para su cuidado, rechazando por tanto las razones de oposición al retorno establecidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980.

IV. Resolución del caso por la Audiencia Provincial

35. La audiencia Provincial de Madrid se enfrenta a la decisión de si debe confirmar o no la restitución de M.J. a Chile. Recordemos que no es competente para decidir sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental y por tanto se trata únicamente de decidir dónde tenía M.J. su residencia habitual, si su traslado o retención a España fueron ilícitas y si se observan razones de las recogidas en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 que justifiquen la denegación del retorno.

36. En cuanto a la residencia habitual, los elementos con los que la Audiencia Provincial cuenta para decidir son: por un lado, la declaración de residencia de forma definitiva de la niña en Chile desde junio 2017, emitida por el departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad Pública de Chile, documento objetivo y de indubitada validez; por otro lado, la historia familiar, social, educativa, sanitaria de la niña que aparece “*indiscutiblemente unida, vinculada y arraigada a, y en Chile*”.

37. Para justificar esta afirmación, la Audiencia relaciona todas las evidencias administrativas –el alta como afiliada del Fondo Nacional de Salud–, sanitarias –sus controles médicos y buco-dentales–, y educativas –los certificados del Instituto chileno Norteamericano sobre la alumna, la matriculación de M.J. en la Enseñanza Básica, el informe de evaluación de la escuela de Párvulos o los informes de la Enseñanza Básica–, que constan en el procedimiento de sustracción de menores, rechazando, por ser “*absolutamente inoperantes*”, el alta en el padrón de Madrid de la niña, su matriculación escolar en proceso extraordinario o una prueba de natación realizada en Madrid que había aportado el padre

38. Todos esos documentos, dice la Audiencia Provincial que “*evidencian las claras raíces de M.J. en aquella sociedad chilena*”, quedando rechazados, por tanto, los alegatos del padre sobre el arraigo habitacional de la niña en Madrid, calificando su estancia de “*meramente transitoria ocasionada por*

un traslado no conforme a la ley”.

39. Establecida sin duda alguna entonces que la residencia habitual de M.J. antes del traslado estaba en Chile y que su retención en Madrid fue “*no conforme a la ley*”, la Audiencia pasa a analizar la aplicación al caso del Convenio de la Haya 1980 para determinar si el traslado fue ilícito conforme a lo regulado en su artículo 3. Para ello analiza quién ostentaba el derecho de custodia de la niña con anterioridad al traslado ilícito relacionando todos los antecedentes judiciales habidos en Chile que he relatado en el punto I.2. de este trabajo, concluyendo que “*el traslado de la niña a Madrid con la abuela y su permanencia en este país constituye una sustracción ilícita tal y como establece el Convenio, en modo alguno consentido por la madre como lo evidencia la inmediata puesta en marcha del procedimiento denunciando la sustracción*”. Hace especialmente alusión la Audiencia a la atribución en exclusiva a la madre del derecho de custodia, así como a que la autorización para viajar lo era únicamente para la abuela paterna y durante un tiempo limitado, especificando respecto al poder notarial alegado por el padre, que este “*responde a una situación absolutamente superada en la actualidad por cuanto dicho permiso otorgado en aquel entonces por ambos progenitores para que cualquiera de ellos viajara con la menor sin límite de tiempo y hasta que la hija fuera mayor de edad era una autorización conjunta y recíproca, otorgada antes del divorcio de ambos y no concedida a la abuela paterna*”.

40. Una vez determinada que la residencia habitual de M.J. era Chile, según el concepto para su determinación expuesto más arriba, y calificado el traslado como ilícito, la Audiencia pasa a examinar las previsiones del artículo 13 del Convenio para decidir si los alegatos del padre encajan en alguna de ellas. Analiza por tanto las razones dadas por el padre para oponerse al traslado, recordemos, la circunstancialidad de residencia de la niña en Chile y que había viajado a Madrid con autorización de la madre sin límite de tiempo ni lugar y que ya estaba arraigada, argumentos ambos ya superados, y que existía “*riesgo para la integridad física, para la integridad moral y para su integridad sexual*”.

41. Dice la Audiencia que “*tampoco en estos extremos los alegatos del apelante tienen corroboración alguna; antes al contrario toda la documentación aportada junto con la demanda evidencia que las manifestaciones de la parte demandada carecen de verosimilitud por cuanto los Tribunales chilenos, competentes en todas aquellas y estas reclamaciones, en todas las jurisdicciones desestiman las pretensiones del padre de modificar la custodia materna o de imputar hechos relacionados con daños causados a la menor*” acudiendo para ello a los informes psicológicos y sociales obrantes en Autos respecto a la parentalidad de la madre y a las solicitudes de medidas de protección iniciadas por el padre, todas ellas rechazadas por no haberse apreciado la “*existencia de peligro o daño alguno para Mari José derivado del entorno convivencial materno*”

42. Son numerosos los pronunciamientos que rechazan la aplicación del artículo 13 b) CH80 cuando se alegan peregrinas razones tales como que el menor estaría mejor cuidado y atendido o que tendría mejores condiciones de vida, pues no se trata de decidir “*en qué país estaría mejor el menor*”¹⁵, sino que el “*grave riesgo*”, el “*daño físico o psíquico*” y la “*situación intolerable*” que recoge el artículo 13 CH80 “*deben interpretarse, siempre, restrictivamente y su existencia y concurrencia deben, siempre, probarse.*”¹⁶, puesto que el CH 1980 no persigue que el menor permanezca en el país donde se criaría mejor, sino en el país donde este tenía su residencia habitual, por ser este su mejor interés.

43. Rechazada, por tanto, la aplicación del artículo 13 del Convenio de la Haya, la audiencia se pronuncia con respecto a la posible prejudicialidad concerniente a la existencia del procedimiento

¹⁵ Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 De enero de 2021 en el caso de restitución de un menor de España a Venezuela [ECLI:ES:APO:2021:104]. <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9477196/Proteccion%20de%20menores/20210407>

¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Sustracción internacional de menores y restitución al país de su previa residencia habitual: determinación del país que representa el mejor contexto vital para el menor*. Accursio Dip-Blog (30 Mayo 2021), <http://accursio.com/blog/?p=1305>

judicial de jurisdicción voluntaria pendiente de resolver en España que el padre alegaba en su recurso de apelación, diciendo que es un procedimiento que “*pretende obstaculizar el regreso de M.J. a Chile*”, confirmando así íntegramente la resolución apelada y desestimando las pretensiones revocatorias formuladas contra la misma.

V. La sustracción de menores en derecho internacional privado de producción interna

44. Los orígenes punibles de la sustracción de menores en España se encuentran en el código penal de 1822, en el que se recogía el castigo para el rapto de niños impúberes y menores de edad sometidos a patria potestad o tutela. Más adelante, el código Penal de 1848 introdujo un tipo que no distinguía el parentesco del niño si este era menor de 7 años. Con la reforma de 1973 el delito de sustracción de menores seguía limitado a la edad de 7 años y ninguno de sus disposiciones sancionaba la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos.¹⁷

45.- Fue el Código Penal de 1995 el que pasó a regular la sustracción de menores en distintos tipos, sustracción, detención y tráfico de menores, dentro del Título XII “*Delitos contra las relaciones familiares*” artículos 223, 224 y 225, pero tampoco en ninguno de estos artículos podía subsumirse la sustracción de un menor por su propio progenitor.

46. La Ley Orgánica 9/2002 de 10 de Noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal y del Código Civil, añade un nuevo párrafo al artículo 224: “*El que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”. Introduce también el artículo 225 bis, en cuyo apartado 1 dice: “*1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*” y en su apartado 2 regula qué se considera sustracción a estos efectos.

47. Finalmente, la Disposición Final 6.29 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, modifica los párrafos 1 y 2 del apartado 2 del artículo 225 quedando la sustracción regulada, a estos efectos, como “*1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*”

48. Procedimentalmente, la Ley 1/2000, de 7 de Enero, Ley de enjuiciamiento Civil, en su largo Capítulo IV bis, añadido por la disposición final 3.10 de la Ley 15/2015, de 2 de julio “*Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*”, artículos 778 quáter, quinquies y sexies, estableció la norma de procedimiento en los casos de sustracción internacional de menores, es decir, debe necesariamente darse este elemento internacional para que el protocolo que establece la norma despliegue sus efectos, dejando sin un marco legal similar el tratamiento judicial de los traslados y retenciones ilícitas que se producen dentro de España. ¿Por qué no se aprovechó esta reforma legislativa para desarrollar un procedimiento respecto a los traslados ilícitos dentro del territorio nacional?

¹⁷ J. M. DE LA ROSA CORTINA Fiscal Juez excedente. Doctor en Derecho *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Actividad: “sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales”, del 21 al 23 de Junio de 2017 <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+Jos%C3%A9+Miguel.pdf/24309fb3-23aa-07d4-a7cc-fde6bd7d64c7>

VI. Reflexiones finales

49. Aunque la regulación internacional aplicable al traslado y retención ilícito de menores es sólida y abarca a una gran mayoría de estados, quedan, sin embargo, algunos países que, ni son Estados miembros de la Unión europea ni han suscrito el Convenio de la Haya de 1980. En estos casos, y a falta de algún convenio bilateral internacional como el suscrito entre España y Marruecos el 20 de Mayo 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visitas y devolución de menores.¹⁸, nos encontramos ante una ausencia de norma, pudiendo únicamente acudir a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, lo que normalmente resulta de gran complejidad.

50. Además de lo anterior, el artículo 778 quarter de la Ley enjuiciamiento Civil solo es aplicable en el ámbito de un convenio internacional, bien sea el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 Agosto 2022 o su próximo sustituto Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019, con entrada en vigor el 1 de Agosto de 2022, bien sea el Convenio de la Haya de 1980 o algún Convenio internacional bilateral, pero no será de aplicación en el resto de los casos.

51. Por lo tanto, si el objetivo fundamental a proteger es el interés superior del menor, ¿es esta norma discriminatoria y rompe ese objetivo? ¿existen NNA a los que se les ofrece una distinta protección dependiendo de en qué país tengan su residencia habitual?. Pero además, dado que esta norma, el artículo 778 quarter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se aplica en un ámbito internacional, debemos hacernos otra pregunta, ¿cuál es entonces el procedimiento de restitución que debe aplicarse cuando el traslado o la retención ilícita se produce dentro de territorio español?.

52. Pese a lo que de entrada pueda imaginarse, nos enfrentamos a una mayor complejidad cuando se trata de retornar a un NNA a una ciudad, su residencia habitual donde tiene su centro vital, de la que ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores sin consentimiento ni autorización del otro o de la autoridad judicial en su defecto, y llevado a otra ciudad dentro de territorio español, que cuando nos enfrentamos a una solicitud de retorno de un NNA trasladado fuera de España, siendo el margen de invocación el artículo 158 del código civil.

53. ¿Por qué, siendo el hecho y las consecuencias las mismas, esto es, el traslado o retención ilícito y la privación del contacto con el progenitor sustraído y familia extensa, la respuesta judicial no es la misma? ¿Cuál es la diferencia entre sustraer a un NNA pasada la frontera entre Hueva y Portugal o quedarse 5 kilómetros antes de entrar a Portugal?. Desde un punto de vista del ilícito penal del 225 bis c.p, ninguna. ¿Vuelve entonces a haber NNA a los que se les da una protección mayor o menor en función del lugar, no de dónde han sido sustraídos sino a dónde han sido llevados?

54. Ante la sustracción de un NNA, lo relevante es determinar cuál era su residencia habitual y retornarlo de inmediato allí, dado que es el juzgado de su residencia habitual el único competente para decidir sobre cuestiones de fondo tales como la custodia o cualquier cuestión inherente a la patria potestad. Por tanto, y siendo competente exclusivamente el juzgado de la residencia habitual del NNA, el mismo tratamiento debe tener su retorno al país de origen que a la ciudad de origen en casos de traslados internos. Son reflexiones que deben ponerse, sin más dilación, sobre la mesa legislativa

¹⁸ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado Universidad Carlos III de Madrid *El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 47-62 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt*

LA NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO CON DOMICILIO
DESCONOCIDO Y LA FALTA DE VALIDEZ O FUERZA
EJECUTIVA DEL ACTO JUDICIAL EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

SERVICE ON THE DEFENDANT WHOSE DOMICILE
IS UNKNOWN AND THE WANT OF VALIDITY OR
ENFORCEABILITY OF JUDGMENTS UNDER EUROPEAN
INTERNATIONAL PRIVATE LAW

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: 18.10.2021/Aceptado: 11.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6718>

Resumen: Adoptadas diversas ordenes de requerimiento de pago contra deudores que resultaban estar domiciliados en otros Estados miembros, el tribunal de primera instancia de Sofía se pregunta si la indagación sobre el domicilio de una persona a la que se pretende notificar un acto judicial puede asimilarse a una diligencia de obtención de pruebas a efectos del Reglamento 1206/2001, y si la posible contravención del artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis conlleva la nulidad de las ordenes de pago y la consiguiente obligación de su revocación.

Palabras clave: diligencia de obtención de pruebas, indagación sobre el domicilio del notificado, validez del acto procesal, Reglamento Bruselas I Bis, *lex fori*.

Abstract: Granted multiple enforcement orders against debtors who turned out to be domiciled in other Member States, the first instance court of Sofia asks whether the performance of checks concerning the address in Bulgaria of persons to be served with a judicial document can be assimilated to the taking of evidence for the purposes of Regulation 1206/2001, and whether the infringement of article 5(1) of Brussels I Bis Regulation entails the nullity of the enforcement orders and the subsequent obligation to set them aside.

Keywords: taking of evidence, checks concerning the address of a person on whom a legal decision is to be served; validity of a procedural document; Brussels I Bis Regulation; *lex fori*.

Sumario: I. Hechos. II. La indagación del domicilio del demandado y el Reglamento 1206/2001. III. La validez y fuerza ejecutiva de las ordenes de pago y el Reglamento Bruselas I Bis. IV. Conclusiones.

I. Hechos

1. Con ocasión de cuatro procedimientos de ejecución en que la notificación del requerimiento de pago a los demandados resultó infructuosa porque estos, a pesar de estar censados en Bulgaria, llevaban tiempo viviendo en otros Estados miembro de la Unión, el tribunal de primera instancia de Sofía plantea cuatro cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que podrían sistematizarse de la siguiente manera:

- a) Teniendo en cuenta los principios de no discriminación y de equivalencia y los artículos 20(2) (a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ (TFUE, de aquí en adelante), 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales² y 1(1)(a) del Reglamento 1206/2001³, dado que la *lex fori* compele al órgano judicial a efectuar las comprobaciones de oficio en relación con la dirección en el foro de las personas que deben ser notificadas, ¿resulta esta obligación extrapolable a nivel comunitario a través del Reglamento 1206/2001 en caso de que se constate que el demandado se encuentra realmente domiciliado en otro Estado miembro de la Unión?
- b) En relación con el artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis⁴ se plantean 3 cuestiones:
 - a. ¿Se opondría el artículo 5(1) a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro emita una orden de pago contra un deudor que se sospecha fundadamente que tiene su residencia habitual en otro Estado miembro?
 - b. ¿Obligaría el artículo 5(1) a la revocación de oficio de la orden de pago ya emitida contra un deudor del que existen sospechas fundadas que no tiene su residencia habitual en la demarcación del órgano jurisdiccional emisor de la orden?
 - c. ¿Compelería el artículo 5(1) a la revocación de oficio de la orden de pago ya emitida contra un deudor únicamente en el supuesto de que existiera una constatación fehaciente de que el deudor no tiene su residencia habitual en el Estado del tribunal que conoce del asunto?

2. Como veremos a continuación, la deficiente formulación de las preguntas y su inadecuada vinculación con normas europeas que nada tienen que ver con su objeto va a dar lugar a unas respuestas del Tribunal de Justicia que aclararán únicamente de manera parcial las dudas planteadas por el tribunal búlgaro.

II. La indagación del domicilio del demandado y el Reglamento 1206/2001

3. La primera cuestión tiene por objeto esclarecer si la obligación prevista en un ordenamiento doméstico de investigar *ex officio* el domicilio efectivo del notificado conlleva que, comprobado que éste reside en otro Estado de la Unión Europea, el órgano judicial emisor del acto judicial a notificar puede recabar información sobre dicho domicilio de las autoridades del Estado en que aquél parece residir a través del Reglamento 1206/2001.

Esta cuestión presenta dos problemas fundamentales: en primer lugar, tal y como la formula el tribunal búlgaro, la pregunta no cumple con los requisitos establecidos para la elevación de cuestiones preliminares por parte de los tribunales de los Estados miembros; y, en segundo lugar, la vinculación de la pregunta con el Reglamento 1206/2001 resulta improcedente pues éste no tiene por objeto la regulación de la práctica de notificaciones.

¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 326 de 26 de octubre de 2012, p. 47.

² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 202 de 7 de junio de 2016, p. 389.

³ Reglamento (CE) 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, DOCE L 174 de 27 de junio de 2001, p. 1.

⁴ Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012, p. 1.

4. Habiéndose optado por un modelo jurisdiccional descentralizado en que los jueces y tribunales de los Estados miembros operan como jueces ordinarios en relación con el derecho de la Unión, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia se revela como un mecanismo fundamental para asegurar la interpretación y aplicación homogénea de aquél en todo el territorio comunitario⁵.

La cuestión prejudicial –independientemente de si concierne a la interpretación del derecho de la Unión⁶, o a la interpretación y validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión⁷– debe cumplir con una serie de requisitos entre los que destaca la necesidad de que exista un vínculo objetivo entre las disposiciones del Derecho de la Unión sobre los que versa la cuestión y el litigio del que está conociendo el juez nacional que plantea la cuestión⁸.

Con objeto de constatar la existencia de este vínculo, el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia⁹ requiere que, junto a las preguntas, la petición del juez nacional contenga: una exposición concisa del objeto del litigio principal y de los elementos fácticos que resulten pertinentes¹⁰; el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional relativa a ellas¹¹; y, una descripción de las razones que le llevan a elevar las preguntas y de la relación que a su juicio existe entre las disposiciones europeas objeto de aquéllas y la normativa nacional aplicable en el litigio principal¹². La falta de alguno de estos extremos puede desembocar en la inadmisibilidad de la petición¹³.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ni se aprecia la existencia de un vínculo entre la cuestión planteada y los litigios de los que está conociendo el tribunal búlgaro¹⁴, ni éste expone las razones que le llevan a estimar necesaria una interpretación del artículo 20(2)(a) del TFUE en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales y los principios de no discriminación y de equivalencia, ni explica la relación entre estas disposiciones y la normativa nacional aplicable en dichos litigios¹⁵.

En consecuencia, en la medida en que no se cumple con los requisitos de los artículos 267 del TFUE y 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la cuestión resulta inadmisibile en lo concerniente a la interpretación del artículo 20(2)(a) TFUE en relación con el artículo 47 de la Carta de la Carta de los Derechos Fundamentales y los principios de no discriminación y de equivalencia¹⁶.

⁵ “In particular, the judicial system as thus conceived has as its keystone the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU, which, by setting up a dialogue between one court and another, specifically between the Court of Justice and the courts and tribunals of the Member States, has the object of securing uniform interpretation of EU law, thereby serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties” [STJUE de 6 de marzo de 2018, C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, párrafo 37]. En términos análogos: STJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párrafo 45. Ver también: Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, DOUE C 380, de 8 de noviembre de 2019, p. 1, párrafo 1.

⁶ Artículo 267(a) del TFUE.

⁷ Artículo 267(b) del TFUE.

⁸ El párrafo segundo del artículo 267 del TFUE es meridianamente claro: “Cuando se plantee una cuestión [concerniente a la interpretación de los Tratados o a la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión] ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, *si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo*” (énfasis añadido). En relación con la existencia de esta vinculación objetiva entre la cuestión planteada y el litigio principal, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado, entre otros, en: ATJUE de 20 de enero 2021, C-293/20, *Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf*, ECLI:EU:C:2021:44, párrafo 23; ATJUE de 2 julio de 2020, C-256/19, *S.A.D. Maler und Anstreicher*, ECLI:EU:C:2020:523, párrafo 45; SJUE de 26 de marzo 2020, C-558/18 y C-563/18, *Miasto Łowicz*, ECLI:EU:C:2020:234, párrafo 48; ATJUE de 25 de mayo de 1998, C-361/97, *Nour/Burgenländische Gebietskrankenkasse*, ECLI:EU:C:1998:250, párrafo 15. Ver también: F.J. DONAIRE VILLA, “La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en A. LÓPEZ CASTILLO, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, pp. 420-445.

⁹ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, DOUE L 265, de 29 de septiembre de 2012, p. 1.

¹⁰ Artículo 94(a) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹¹ Artículo 94(b) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹² Artículo 94(c) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹³ Artículo 53(2) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Ver también: Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, párrafo 15.

¹⁴ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-208/20 y C-256/20, *Toplofikatsia Sofia y otros*, ECLI:EU:C:2021:719, párrafo 21.

¹⁵ *ibidem*, párrafo 22.

¹⁶ *ibidem*, párrafo 23.

5. Inadmitida la primera parte de la pregunta, quedaría todavía por aclarar si la obligación prevista en la *lex fori* de indagar sobre el domicilio de una persona a la que debe notificarse una resolución judicial resulta articulable en el ámbito comunitario a través del Reglamento 1206/2001 en el supuesto de que se constatare que el notificado tiene su domicilio en el territorio de otro Estado miembro.

Dado que el Reglamento 1206/2001 tiene por objeto las solicitudes en el ámbito civil o mercantil por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro¹⁷, o de realización de diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro¹⁸, la indagación sobre el domicilio del notificado únicamente podría ampararse en el Reglamento si se considerase una diligencia de obtención de pruebas.

Técnicamente, la prueba es una actividad encaminada a convencer a un operador jurídico de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad a efecto de resolver el fondo de la controversia objeto del proceso¹⁹. La indagación sobre el domicilio de la persona a la que se pretende notificar la resolución que pone fin al litigio tiene indudablemente como finalidad esclarecer una incertidumbre fáctica, pero no a efectos de la resolución de la disputa, sino del cumplimiento de una obligación meramente procedimental.

Por ello, a pesar de que el concepto de *prueba* a efectos del Reglamento debe entenderse de una manera amplia²⁰, desde una perspectiva técnica, la indagación sobre el domicilio de la persona a la que se pretende notificar un acto judicial no puede entenderse como una diligencia de obtención de pruebas.

No obstante, incluso en el supuesto de que la indagación del domicilio del notificado pudiera entenderse como una diligencia de obtención de pruebas, ésta no podría articularse a través del Reglamento pues éste exige que las solicitudes que se hagan a su amparo contengan precisamente la referencia al domicilio de las partes²¹.

En consecuencia, tanto porque no constituye una diligencia de obtención de pruebas²², como porque para solicitar su práctica se requeriría expresamente facilitar el dato que se pretende descubrir mediante ella²³, el Tribunal acertadamente concluye que la indagación de la dirección de la persona a la que debe notificarse una resolución no es una cuestión a la que resulte aplicable el Reglamento 1206/2001²⁴.

III. La validez y fuerza ejecutiva de las órdenes de pago y el Reglamento Bruselas I Bis

6. Las otras tres preguntas planteadas por el tribunal búlgaro tienen esencialmente por objeto la interrelación entre el artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis – es decir, la regla conforme a la cual, salvo cuando así lo prevea el Reglamento, las personas únicamente pueden ser demandadas ante los tribunales del Estado en que se encuentren domiciliadas²⁵ – y la emisión de ordenes conminatorias de hacer a un deudor que no tiene su residencia habitual en la demarcación del órgano jurisdiccional que emite la orden, así como el impacto que aquél puede tener sobre la validez de éstas.

¹⁷ Artículo 1(1)(a) del Reglamento 1206/2001.

¹⁸ Artículo 1(1)(b) del Reglamento 1206/2001.

¹⁹ V. CORTES DOMÍNGUEZ, V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, p. 201; J.M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ; I. RIAÑO BRUN, *Derecho Procesal Civil: Volumen 2*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, p. 137.

²⁰ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 1130.

²¹ Artículo 4(1)(b) del Reglamento 1206/2001.

²² STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-208/20 y C-256/20, *Toplofikatsia Sofia y otros*, ECLI:EU:C:2021:719, párrafo 25.

²³ *ibidem*, párrafos 26-27.

²⁴ *ibidem*, párrafo 28.

²⁵ “Art 5(1) states that persons domiciled in a Member State may be sued in the courts of another Member State only by virtue of the rules set out in Sections 2 to 7 of Chapter II of the Regulation” (P. VLAS, “General provisions” en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, Brussels I Bis Regulation - Commentary, OTTO SCHMIDT KG, Colonia, 2016, p. 113). Ver también: 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, párrafo 123; C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 130-133.

Al igual que pasaba con la primera cuestión, estas tres preguntas presentan problemas en su formulación pues ni se cumplen los requisitos previstos en la normativa europea, ni el Reglamento Bruselas I Bis tiene por objeto regular la validez o fuerza ejecutiva de las resoluciones que adopten los órganos jurisdiccionales en materia civil o mercantil.

7. Como hemos visto anteriormente, de acuerdo con el artículo 267 del TFUE, la cuestión prejudicial tiene por finalidad el planteamiento de cuestiones cuya respuesta se revela necesaria para la resolución del litigio del cual el órgano jurisdiccional del Estado miembro que eleva las cuestiones está conociendo²⁶.

Por tanto, lógicamente la cuestión prejudicial debe ser necesariamente previa a la adopción de la resolución que pone fin al litigio del que trae causa la cuestión planteada. Siendo así, si el tribunal que eleva la cuestión prejudicial ya ha resuelto el litigio principal, aquélla debe ser irremediamente inadmitida por el Tribunal de Justicia²⁷.

Un análisis del *modus operandi* del tribunal de primera instancia de Sofía revela que éste actuó al revés de como exige la normativa europea: adoptados los requerimientos de pago, el tribunal intenta notificarlos y, al constatar que los demandados llevaban tiempo domiciliados en otros Estados miembros de la Unión, se da cuenta de que, conforme al artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis, posiblemente carecía de competencia para adoptarlos y plantea entonces las cuestiones prejudiciales descritas anteriormente.

Por ello, en la medida que los requerimientos de pago ya se han emitido, la cuestión planteada en lo concerniente a la interpretación del artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis en relación con la competencia para dictar dichas resoluciones deviene innecesaria y, en consecuencia, inadmisibles por no cumplirse con los requisitos previstos en la normativa europea²⁸.

8. Consciente de que probablemente carecía de competencia judicial internacional por no tener los demandados su domicilio en Bulgaria, el tribunal de primera instancia de Sofía subsiguientemente pregunta si esa falta de competencia conllevaría de conformidad con el Reglamento Bruselas I Bis que los requerimientos no pudieran adquirir fuerza ejecutiva, o que el tribunal debiera revocarlos.

Dado que el Reglamento Bruselas I Bis tiene exclusivamente por objeto establecer unas normas comunes para todos los Estados miembros en relación tanto con la competencia para resolver litigios en materia civil y mercantil, como con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que se adopten en el seno de dichos litigios²⁹, los aspectos formales del procedimiento civil o mercantil, las condiciones para que las resoluciones gocen de fuerza ejecutiva, o los requisitos que deben reunir los actos procesa-

²⁶ “De esta manera, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que pueda tener en cuenta la sentencia prejudicial” (énfasis añadido) [STJUE de 24 de noviembre de 2020, C-510/19, *Openbaar Ministerie*, ECLI:EU:C:2020:953, párrafo 27]. Dicho de otro modo, “la justificación de la remisión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio” (énfasis añadido) [STJUE de 27 de febrero 2014, C-470/12, *Photovost*, ECLI:EU:C:2014:101, párrafo 29]. Ver también: SJUE de 26 de marzo 2020, C-558/18 y C-563/18, *Miasto Lowicz*, ECLI:EU:C:2020:234, párrafos 45-46.

²⁷ “De lo dicho se desprende que los órganos jurisdiccionales sólo están habilitados para plantear cuestiones prejudiciales a este Tribunal en la medida en que ante ellos penda un litigio en el que proceda adoptar una decisión que deba tener en cuenta la sentencia prejudicial. Por el contrario, este Tribunal no es competente para conocer de una cuestión prejudicial cuando, en el momento en que se dicte la correspondiente resolución de remisión, ya haya concluido el proceso ante el Juez nacional” (énfasis añadido) [STJUE de 21 de abril de 1988, C-338/85, *Pardini*, ECLI:EU:C:1988:194, párrafo 11]. Ver también: STJUE de 4 de octubre de 1991, C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland*, ECLI:EU:C:1991:378, párrafo 12.

²⁸ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-208/20 y C-256/20, *Toplofikatsia Sofia y otros*, ECLI:EU:C:2021:719, párrafo 34.

²⁹ “Según una reiterada jurisprudencia (...) [el Reglamento Bruselas I Bis] no tiene por objeto unificar las normas de procedimiento de los Estados miembro, sino regular las competencias judiciales para la solución de los litigios en materia civil y mercantil en las relaciones entre dicho Estados y facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales” [STJUE de 31 de mayo de 2018, C-306/17, *Nothartova*, ECLI:EU:C:2018:360, párrafo 28]. En términos similares en: STJUE de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, *Hypoteczni banka*, ECLI:EU:C:2011:745, párrafo 37; STJUE de 5 de febrero 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74, párrafo 23; STJUE de 6 de junio 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, párrafo 43.

les para ser válidos no son cuestiones reguladas por el Reglamento, sino por el derecho procesal de cada uno de los Estados miembros³⁰.

De esta manera, el impacto que la posible falta de competencia pudiera tener sobre la validez o fuerza ejecutiva de los requerimientos de pago adoptados por el órgano judicial búlgaro son cuestiones que deben dilucidarse por el órgano judicial que plantea la cuestión de acuerdo con su *lex fori*, no de conformidad con el Reglamento Bruselas I Bis.

Por tanto, el Tribunal de Justicia responde al tribunal de primera instancia de Sofía que el artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I Bis ni se opone *per se* a que una orden conminatoria de hacer a un deudor que no tiene su residencia habitual en la demarcación del órgano jurisdiccional que emite la orden adquiera fuerza ejecutiva, ni obliga a la revocación de la misma³¹.

IV. Conclusiones

9. A pesar de que su deficiente formulación desemboca necesariamente en respuestas no demasiado satisfactorias, el caso examinado identifica dos materias con trascendencia en la vertebración del derecho a la tutela judicial efectiva que, careciendo de regulación en el marco europea, se someterán al derecho procesal de los Estados miembros: la notificación del demandado con domicilio desconocido y el tratamiento de los actos judiciales adoptados en incumplimiento de las normas de competencia previstas en el Reglamento Bruselas I Bis.

10. En relación con el primero de ellos, dado que la tutela judicial efectiva exige dar la oportunidad a las partes para alegar cuanto estimen oportuno defensa de sus intereses³², en ciertos Estados se establece la obligación del órgano judicial que está conociendo del litigio de intentar localizar al demandado para trasladarle la noticia de la existencia del proceso y posibilitar así que comparezca para ejercer su derecho a la defensa. Operando como límite el derecho del demandante a obtener una tutela pronta de sus derechos, esta obligación no conlleva generalmente la suspensión del proceso en tanto en cuanto no se localice el domicilio del notificado, sino que, en el supuesto de no poderse hallar dicho domicilio, se recurrirá a métodos de notificación de naturaleza residual que tienen como finalidad publicitar la existencia del proceso para que el demandado pueda tener un eventual conocimiento de la existencia del proceso³³.

³⁰ STJUE de 31 de mayo de 2018, C-306/17, *Nothartova*, ECLI:EU:C:2018:360, párrafo 28; STJUE de 15 de marzo 2012, C-292/10, *Cornelius de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142, párrafo 45.

³¹ STJUE de 9 de septiembre de 2021, C-208/20 y C-256/20, *Toplofikatsia Sofia y otros*, ECLI:EU:C:2021:719, párrafo 39.

³² En este sentido, en relación con el derecho a un proceso equitativo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que, en aras a asegurar la igualdad entre las partes, se debe ofrecer tanto al demandante como al demandado una posibilidad razonable de presentar su caso – “The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, “equality of arms” implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present this case (...) including conditions that do no place him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent” [STEDH de 27 de octubre de 1993, 14448/88, *Dombo Beheer*, párrafo 33]. Así, ha concluido que un proceso en que se decide el fondo del asunto sin ni siquiera escuchar las alegaciones de las partes no puede ser considerado compatible con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos – “A procedure whereby civil rights are determined without ever hearing the parties’ submissions cannot be considered to be compatible with Article 6, paragraph 1” [STEDH de 27 de mayo de 1997, 21522/93, *Georgiadis*, párrafo 40]. Ver también: STEDH de 6 de octubre de 2009, 50812/06, *Almeida Santos*, párrafo 38.

³³ Por ejemplo, en España, el artículo 156(1) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, de aquí en adelante) – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 8 de enero de 2000 – dispone que en los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, el Letrado de la Administración de Justicia utilizará los medios oportunos para averiguar esas circunstancias. Siendo así, si las averiguaciones dieran resultado, se practicará la comunicación mediante entrega directa de las notificaciones al demandado de conformidad con los artículos 152(2) y 158 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin embargo, si no dieran resultado, el Letrado deberá ordenar que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos [artículos 156(3) y (4) de la Ley de Enjuiciamiento Civil]. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado sin fisuras en su jurisprudencia que la comunicación mediante edictos tiene un carácter estrictamente subsidiario – “De ello deriva, lógicamente, que el medio normal de comunicación procesal debe ser el emplazamiento, citación o notificación personal (...) [la validez constitucional del emplazamiento por edictos] exige que se hayan agotado previamente las otras modalidades de emplazamiento que aseguran en mayor medida la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación” (énfasis añadido) [STC 6/2003, de 20 de enero, BOE de 19 de febrero de 2003, p. 62, FD

Teniendo en cuenta su objeto, esta indagación sobre el domicilio del notificado ubicado en otro Estado miembro podría haberse articulado a través del Reglamento 1393/2007³⁴; sin embargo, éste expresamente prevé que no se aplicará “cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido”³⁵. Esto necesariamente conlleva que será la *lex fori* la que determine cómo debe realizarse la notificación de un acto judicial cuando se constate o se sospeche que el notificado se encuentra domiciliado en otro Estado miembro³⁶.

La idea del tribunal búlgaro de asimilar la indagación sobre el domicilio del notificado a una diligencia de obtención de pruebas presentaba la ventaja de que, siendo entonces subsumible en el Reglamento 1206/2001, se atenuaban los inconvenientes derivados del sometimiento de una cuestión internacional a la *lex fori* de los Estados miembros. Sin embargo, por sugerente que fuera, dicha idea resulta inadmisibles porque, a parte de los problemas conceptuales derivados de la equiparación de la indagación con una diligencia de obtención de pruebas, el propio Reglamento requiere expresamente que la solicitud para la práctica de ésta contenga la dirección del domicilio de las partes.

12. En relación con la segunda, el Reglamento Bruselas I Bis no regula las consecuencias que tendría la contravención de sus normas de competencia sobre la validez o fuerza ejecutiva de los actos judiciales adoptados por el órgano que erróneamente se hubiera arrogado competencia para conocer de un litigio.

Lo más parecido a una regulación de esta situación sería el artículo 45(1)(e) del Reglamento Bruselas I Bis que, como excepción a la interdicción a examinar la competencia del órgano jurisdiccional que dictó la resolución cuyo reconocimiento se persigue³⁷, establece que se denegará el reconocimiento de aquellas resoluciones en que se aprecie contravención de las normas de competencia exclusiva³⁸, o de las normas de competencia por razón de la materia, en este último caso, siempre y cuando el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador³⁹. No obstante, incluso en estos dos supuestos, se limitaría sustancialmente la capacidad de revisar la competencia del órgano judicial que adoptó la resolución cuyo reconocimiento se solicita pues el Reglamento dispone que el órgano requerido se verá vinculado por los antecedentes de hecho en que aquél fundó su competencia⁴⁰.

4] – supletorio y excepcional – “La citación por edictos es una modalidad de emplazamiento supletoria y excepcional, a la que sólo cabe acudir cuando el órgano judicial llegue a la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación” (énfasis añadido) [STC 185/2001, de 17 de septiembre, BOE de 19 de octubre de 2001, p. 47, FD 3] –. La inobservancia de estos principios devendría el proceso en nulo al considerarse que la práctica de notificaciones mediante edictos sin haber previamente agotado todos los medios posibles para localizar al demandado constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva – “El Tribunal Constitucional ha [otorgado el amparo en aquellos casos] en que el demandado había sido emplazado por edictos, sin haber agotado el juez previamente los instrumentos de búsqueda a su alcance” [STC 50/2017, de 8 de mayo, BOE de 15 de junio de 2017, p. 49376, FD 3] –. Ver también: STC 214/2005, de 12 de septiembre, BOE de 14 de octubre de 2005, p. 4, FD 4-5; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...* op.cit., p. 1111; J. FLORES MATIES, *Proceso Civil: Doctrina, Jurisprudencia y Práctica Forense*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 443-444; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Ley de Enjuiciamiento Civil con Jurisprudencia*, Tirant Lo Blanc/ICAM, Madrid, 2018, pp. 186-187; F. MARTÍN CASTÁN, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 720-722.

³⁴ Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, DOUE L 324 de 10 de diciembre de 2007, p. 79.

³⁵ Artículo 1(2) del Reglamento 1393/2007. En palabras del Tribunal de Justicia: “De la interpretación sistemática del Reglamento de que se trata resulta que éste contempla únicamente dos circunstancias en las que la notificación o el traslado de un documento judicial entre los Estados miembros quedan excluidos de su ámbito de aplicación, a saber, por un lado, cuando el domicilio o el lugar de residencia habitual de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido y, por otro lado, cuando esta última ha nombrado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento” [STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-325/11, *Adler*, ECLI:EU:C:2012:824, párrafo 24].

³⁶ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...* op.cit., p. 1121.

³⁷ Artículo 45(3) del Reglamento Bruselas I Bis.

³⁸ Artículo 45(1)(e)(ii) del Reglamento Bruselas I Bis.

³⁹ Artículo 45(1)(e) (i) del Reglamento Bruselas I Bis.

⁴⁰ Artículo 45(2) del Reglamento Bruselas I Bis.

En cualquier caso, desde una perspectiva técnica, parece obvio que la falta de competencia debe acarrear la nulidad del acto judicial; sin embargo, en la medida en que el Reglamento guarda silencio al respecto, es el derecho procesal del Estado en que se ubique el órgano que lo adopte el que determine si la falta de competencia supone que los actos carezcan o no de validez o fuerza ejecutiva, y si deben y cómo deben ser revocados⁴¹.

En consecuencia, en tanto en cuanto el Reglamento no contenga una referencia a la posible falta de validez o fuerza ejecutiva de una resolución adoptada en contravención de sus normas de competencia, será el derecho procesal del Estado en que se adopte la resolución el que determine si la posible contravención del artículo 5(1) del Reglamento acarrea la falta de validez o fuerza ejecutiva de la misma y si debe ser revocada.

⁴¹ Por ejemplo, en España, la nulidad del caso procesal dictado careciendo de jurisdicción para ello se prevé tanto en el artículo 238(1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, de aquí en adelante) – Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985 – como en el artículo 225(1) de la LEC. Tal y como se establece en ambos *corpus*, la nulidad del acto procesal ocasionada por la falta de jurisdicción se puede hacer valer a instancia de parte, como apreciarse de oficio. En el primer supuesto, las partes deben alegar y denunciar la nulidad a través de los medios específicos de impugnación previstos en la ley y, en su defecto, mediante los recursos establecidos contra las resoluciones judiciales [artículo 240(1) de la LOPJ]. Así, tratándose de una nulidad derivada de la falta de jurisdicción, debería hacerse valer mediante la declinatoria y, en caso de ser ésta desestimada, mediante recurso de reposición y, si éste fuera desestimado, reproducirse de nuevo en el recurso de apelación contra la sentencia definitiva [artículo 66(2) de la LEC] y, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal [artículo 469(1) de la LEC]. En el segundo supuesto, se puede apreciar de oficio la nulidad del acto procesal derivado de la falta de jurisdicción tanto antes de que se dicte la resolución que ponga fin al litigio, como al conocer de un recurso contra dicha resolución [artículo 227 de la LEC y 240(2) de la LOPJ]. Adicionalmente, teniendo un carácter excepcionalísimo, extraordinario y subsidiario, los artículos 228 de la LEC y 241 de la LOPJ prevén el incidente de nulidad que permitiría declarar la nulidad de actuaciones que ya hubieran adquirido firmeza en aquellos supuestos en que se hubiera producido una vulneración de uno de los derechos referidos en el artículo 53(2) de la Constitución y ni se hubiera podido denunciar la nulidad antes de que recayera la resolución que puso fin al proceso, ni la resolución fuera susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Ver: J. FLORS MATIES, *Proceso Civil...* op.cit., pp. 469-480; F. MARTÍN CASTÁN, *Comentarios a la...* op.cit., pp. 1091-1117; J.M. RIFA SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ; I. RIAÑO BRUN, *Derecho Procesal Civil...* op.cit., pp. 177-192.

ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, LEY APLICABLE E INTERESES EN CASO DE MORA DEL ASEGURADOR

TRAFFIC ACCIDENTS: JURISDICTION, LAW APPLICABLE AND INTEREST IN CASE OF INSURER'S DEFAULT

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:18.10.2021 / Aceptado:11.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6720>

Resumen: Con ocasión de un accidente ocurrido en Marruecos, el Tribunal Supremo ha tenido recientemente la oportunidad de examinar la interpretación y aplicación del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera. Contrariamente a lo sostenido por los órganos de primera y segunda instancia, el Tribunal ha sostenido que la incertidumbre en relación con la ley aplicable a la responsabilidad no justifica la demora del asegurador en la liquidación o consignación de la indemnización a efectos del artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro.

Palabras clave: Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, Reglamento Bruselas I Bis, Reglamento Roma II, intereses en caso de mora del asegurador.

Abstract: In relation to a traffic accident in Morocco, the Spanish Supreme Court has recently had the opportunity to examine the construction and application of The Hague Convention on the law applicable to traffic accidents. Unlike the first and second instance courts, the Supreme Court has held that doubts concerning the law applicable to the liability arising out of a traffic accident does not prevent the insurer from going into arrears for the purposes of section 20 of the Spanish Insurance Contracts Act.

Keywords: The Hague Convention on the law applicable to traffic accidents, Brussels I Bis Regulation, Rome II Regulation, interests in case of insurer's default.

Sumario: I. Hechos. II. La Competencia Judicial Internacional. III. La Ley Aplicable: 1. El Convenio de La Haya; 2. El Reglamento Roma II. IV. El Artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro y la incertidumbre en la ley aplicable a la responsabilidad. V. Conclusiones.

I. Hechos

1. Mientras circulaba por las carreteras de Marruecos, un vehículo con matrícula española conducido por un ciudadano español se salió de la calzada y comenzó a dar vueltas de campana. Como consecuencia de este siniestro, dos de los tres pasajeros – uno con residencia habitual en España y otro en Marruecos – fallecieron, y el tercero – también residente en Marruecos – resultó herido.

Como suele ser habitual en estos casos, del luto se pasó a lo crematístico y, subsiguientemente, a la disputa en relación con las indemnizaciones que el conductor y su aseguradora – la empresa española MAPFRE – debían abonar al herido y a los herederos de los fallecidos.

2. Planteada la correspondiente demanda ante los Juzgado de Primera Instancia de Cartagena, la compañía aseguradora impugnó la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la misma. Tanto la declinatoria, como el correspondiente recurso de reposición, fueron desestimados por el Juzgado mediante autos de 2 de febrero y 3 de septiembre de 2012, respectivamente.

3. Quedando así fijada su competencia judicial internacional, el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena pasó a resolver el fondo del asunto y a condenar al conductor y a su aseguradora al pago de forma solidaria de las siguientes indemnizaciones:

- a) A los herederos del fallecido que tenía su residencia habitual en España se les debía abonar una indemnización de 228.965 euros;
- b) A los herederos del fallecido que tenía residencia habitual en Marruecos se les debía abonar una indemnización de 320.062 dirhams (alrededor de 30.000 euros);
- c) Al herido había de abonársele una indemnización de 95.741 dirhams (alrededor de 9.000 euros).

4. No satisfechos con esta decisión, los demandantes interpusieron entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia. Ésta lo desestimó en su totalidad y confirmó la sentencia dictada en primera instancia¹.

5. Agotadas las vías ordinarias de impugnación, los demandantes optaron por hacer uso de las extraordinarias e interpusieron ante el Tribunal Supremo sendos recursos de casación y de infracción procesal.

Ambos se asientan sobre una misma base: la indebida aplicación del derecho marroquí. Según argumentan, bien sea por un error en la interpretación y aplicación del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, o por una infracción del régimen de prueba y carga de la prueba del derecho extranjero, debería haberse aplicado el derecho español y no el marroquí al cálculo de las indemnizaciones y a sus intereses.

6. Planteada así la cuestión, el Tribunal Supremo debe en primer término esclarecer qué ley debe aplicarse a la responsabilidad civil dimanante del siniestro acaecido en Marruecos. Subsiguientemente, de resultar aplicable la española, debe esclarecer en qué medida y extensión resulta aplicable el régimen de intereses previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro² (LCS, de aquí en adelante) para los supuestos en que la aseguradora incurre en mora en el cumplimiento de sus prestaciones.

II. La Competencia Judicial Internacional

7. A pesar de que en los recursos planteados ante el Tribunal Supremo las partes no cuestionan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, merece la pena detenerse a examinar brevemente su tratamiento en el caso.

8. Como se ha referido anteriormente, en las fases iniciales del procedimiento, la compañía aseguradora impugnó la jurisdicción de los tribunales españoles. La cuestión se solventó considerando que, de conformidad con el entonces artículo 22(3º) de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ (LOPJ, de aquí en

¹ SAP MU 806/2017, de 11 de abril, ECLI:ES:APMU:2017:806

² Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, BOE de 17 de octubre de 1980.

³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985

adelante), los tribunales españoles eran competentes porque el conductor y la víctima tenían residencia habitual común en España⁴.

Esta argumentación resulta técnicamente cuestionable por dos motivos fundamentales: ni la LOPJ es la normativa en que debe fundamentarse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, ni el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ otorgaría competencia para conocer de las tres acciones que han sido subjetivamente acumuladas en el proceso.

9. Respecto al primero de los puntos, no resulta extraño encontrar decisiones en que los tribunales fundamentan erróneamente su competencia judicial internacional en la normativa doméstica cuando debieran hacerlo en la europea. Dado que la redacción de las reglas previstas en la LOPJ sobre competencia judicial internacional se ha inspirado en gran medida en las previstas en la normativa comunitaria⁵, generalmente se llegará a las mismas soluciones aplicando las unas o las otras; sin embargo, esto no supone que siempre vaya a ser así, ni que la fundamentación jurídica de la solución sea correcta.

En el caso que nos ocupa, tanto el conductor del vehículo, como su aseguradora tienen su domicilio en España. Como las acciones se plantearon estando vigente el Reglamento Bruselas I⁶, la competencia judicial internacional se debería haber basado en el artículo 2 del mismo, es decir, en el foro general del domicilio del demandado, no en el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ que, como consecuencia de la prevalencia del Reglamento respecto a la normativa doméstica, resultaba únicamente aplicable a los casos en que el demandado no tuviera su domicilio en España⁷.

De tenerse que analizar la competencia en el marco del actual Reglamento Bruselas I Bis⁸, los tribunales españoles seguirían siendo competentes, ya no sólo por el foro general del domicilio del demandado⁹, sino también en virtud de los foros especiales en materia de seguro previsto la Sección 3 del Capítulo I del Reglamento¹⁰. Un ejemplo que ilustra cómo debe tratarse la competencia judicial interna-

⁴ Al hablar de la mora de la aseguradora, el Tribunal Supremo hace un comentario que denota que comparte la aproximación de los órganos inferiores a la cuestión de la competencia judicial internacional al decir que: “Pues bien, *en este caso, la reclamación formulada* por los herederos[del fallecido que supuestamente tenía su residencia habitual en España], *no planteaba especiales problemas jurídicos* relativos a la aplicación del Convenio de La Haya (...), así como *con respecto a la jurisdicción de nuestro tribunales, dado lo establecido en el art. 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en su redacción entonces vigente, en que se determinaba la misma, en materia de obligaciones extracontractuales, “cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España” como sucedía en este caso” (énfasis añadido) [STS 291/2021, de 1 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FD 3].

⁵ Con relación a la redacción del entonces artículo 22 de la LOPJ, los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ apuntaban que estaba “directamente inspirado en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”. En este sentido, habiéndose legislado mediante copia, estos autores indicaban que se había incurrido en tres errores que denominaban: (a) *Copia por exceso*: estando las normas del Convenio previstas para materias de carácter patrimonial su plasmación en la LOPJ como “reglas generales” conllevaba la aplicación de normas de carácter patrimonial a materias como el derecho de las personas, familia y sucesiones que poco tienen que ver con las situaciones para las que estaban originariamente diseñadas; (b) *Copia defectuosa*: el legislador no incorporó numerosas normas previstas en el Convenio que resolvían problemas relativos a la aplicación del sistema de normas, tales como la litispendencia internacional, el control de oficio de la competencia, la sumisión a tribunales extranjeros... etc.; y, (c) *Copia imposible*: el legislador incorporó la estructura jerárquica de los foros prevista en el Convenio, lo que únicamente tiene sentido en un instrumento internacional al tener éste por objeto distribuir la competencia judicial internacional entre tribunales de diferentes Estados, lo que no ocurre en las normas domésticas que, teniendo un carácter atributivo, determinan de modo alternativo los supuestos en que los tribunales del Estado en cuestión tienen competencia judicial internacional para conocer de una cuestión. Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado: Volumen I*, Comares, Granada, 2007, pp. 158-159.

⁶ Reglamento 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, DOCE L 12 de 16 de Enero de 2001, p. 1.

⁷ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado: Volumen II*, Comares, Granada, 2010, pp. 804-805. Un caso en que incurrió en un fallo idéntico es el resuelto mediante la SAP GC 2082/2008, de 30 de junio, ECLI:ES:APGC:2008:2082: tratándose de una acción de responsabilidad extracontractual dimanante de un accidente acaecido en Portugal, la Audiencia Provincial avala la aplicación de los entonces artículo 22(2) y (3) de la LOPJ porque tanto el demandante como el demandado tienen su domicilio en España.

⁸ Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012, p. 1.

⁹ Artículo 4(1) del Reglamento Bruselas I Bis.

¹⁰ Tratándose de acciones en materia de responsabilidad civil planteadas por perjudicados contra el asegurado y su compa-

cional en un supuesto similar al examinado es el recientemente resuelto por la Audiencia Provincial de Murcia: presentada demanda contra un conductor y una compañía de seguros domiciliados en España a raíz de un accidente de tráfico ocurrido en Marruecos, la Audiencia Provincial de Murcia estima el recurso de apelación y revoca el auto que declaraba la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles por tratarse de un accidente sucedido en el extranjero¹¹.

10. Respecto al segundo de los puntos, el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ otorgaba competencia judicial internacional a los tribunales españoles para conocer de las acciones en materia de obligaciones extracontractuales “cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”.

En el caso, no cabe duda de que el autor del daño – el conductor del vehículo siniestrado – tenía su residencia habitual en España; sin embargo, no puede decirse lo mismo de todas las víctimas del siniestro: mientras uno de los fallecidos sí tenía aparentemente residencia habitual en España – sobre esta cuestión profundizaremos más adelante –, el otro fallecido y el herido la tenían en Marruecos. Por tanto, el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ únicamente hubiera otorgado competencia judicial internacional a los tribunales españoles para conocer de la acción planteada por los herederos del fallecido que tenía su residencia habitual en España, pero no así respecto a las acciones del herido y de los herederos del otro fallecido.

El efecto inmediato de cuanto se acaba de exponer es que, de haberse tenido que fundamentar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ, no hubiera sido posible la acumulación de acciones que tuvo lugar porque para que ésta pudiera realizarse era necesario que el tribunal poseyera jurisdicción y competencia para conocer de todas las acciones objeto de acumulación¹², lo que no ocurría porque el tribunal español únicamente hubiera tenido jurisdicción y competencia para conocer de una de ellas.

11. Por tanto, se puede concluir que, siendo cierto que los tribunales españoles eran competentes para conocer de todas las acciones planteadas frente al conductor y su aseguradora, no se puede compartir el razonamiento por el que se llegó a esa decisión. Ni la fundamentación en el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ era la correcta, ni dicha fundamentación hubiera permitido conocer en un único proceso de todas las acciones objeto del mismo.

ña de seguros, los tribunales españoles serían competentes en virtud del artículo 13 del Reglamento Bruselas I Bis. En primer lugar, incluso en el supuesto de que al asegurador no tuviera su domicilio en España, el artículo 13(1) del Reglamento permitiría demandarlo ante el mismo tribunal que estuviera conociendo de la acción planteada frente al asegurado al admitirse en el ordenamiento jurídico español la acumulación de acciones. En segundo lugar, incluso en el supuesto de que la acción no se hubiera dirigido contra el asegurado, al amparo del artículo 13(2) del Reglamento en relación con los artículos 10(a) del Reglamento y 76 de la LCS, los tribunales españoles seguirían siendo competentes dado que el ordenamiento jurídico español admite la acción directa contra el asegurador y éste tendría su domicilio en España. Ver: C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato Internacional de Seguro” en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, pp. 3250-3253.

¹¹ AAP MU 344/2021, de 9 de marzo, ECLI:ES:APMU:2021:344A.

¹² Tratándose de acciones que varias personas tienen contra el conductor y su asegurador, según el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, de aquí en adelante) – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 8 de enero de 2000 –, nos encontraríamos ante una *acumulación subjetiva de acciones*. Así pues, para que la acumulación pueda tener lugar, además de la necesidad de que las acciones tengan un nexo por razón del título o causa de pedir (lo cual evidentemente existe en el caso al tratarse de acciones que traen causa de unos mismos hechos) [artículo 72 LEC], serían necesario que concurren los requisitos previstos en el artículo 73(1) LEC, cuyo apartado (a) requiere que el tribunal tenga jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de las acciones acumuladas, lo cual, como hemos visto, no ocurriría de determinarse la competencia conforme al entonces artículo 22(3º) de la LOPJ. El resto de los requisitos previstos en el artículo 73(1) LEC sí se cumplirían al ser todas las acciones acumuladas idénticas y, por tanto, ventilables en el mismo tipo de juicio, y no existir ningún precepto normativo que prohibiera la acumulación. Ver: M. LÓPEZ ORELLANA, “El objeto del proceso” en J. FLORS MATÍES, *Proceso Civil: doctrina jurisprudencia y práctica forense*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 288-293; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 152-154; V. GIMENO SENDRA, M. DIAZ MARTÍNEZ, S. CALAZA LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 197-198; J.M. RIFA SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN, *Derecho Procesal Civil: Volumen II*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, pp. 89-94.

III. La Ley Aplicable

1. El Convenio de La Haya

12. En los términos que analizaremos a continuación, en España la responsabilidad civil derivada de un accidente de circulación por carretera no se rige por las normas previstas en el Reglamento Roma II¹³, sino por las normas contenidas en el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera¹⁴ (el “Convenio”, de aquí en adelante).

El Convenio fue elaborado en 1971 en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y forman parte de él 22 Estados, 14 de los cuales son miembros de la Unión Europea¹⁵. Al tratarse de un instrumento internacional celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma II con objeto de regular conflictos en materia de obligaciones extracontractuales¹⁶, y no conteniendo el Reglamento disposiciones específicas sobre esa materia¹⁷, el Convenio prevalecerá sobre el Reglamento en esos 14 Estados que forman parte de ambos instrumentos, como es el caso de España.

Esta convivencia dentro de la Unión Europea de dos sistemas normativos sobre una misma materia erosiona los fundamentos del Derecho Internacional Privado Europeo en la medida en que, a un mismo supuesto fáctico, puede dar lugar a respuestas jurídicas heterogéneas que posteriormente serán susceptibles de circular libremente por el territorio de la Unión al amparo del Reglamento Bruselas I Bis, alentándose potencialmente con ello tácticas como el *forum shopping*¹⁸.

Todo ello, junto a las deficiencias técnicas del Convenio, han llevado a la mayoría de la doctrina a sostener que lo mejor que podían hacer los Estados Miembros de la Unión Europea que son parte del Convenio es denunciarlo y pasar a aplicar el Reglamento Roma II en su lugar¹⁹. Como veremos a continuación, el caso que nos ocupa ilustra algunas de las debilidades del Convenio.

13. El Convenio delimita su ámbito de aplicación en sus dos primeros artículos desde una perspectiva positiva y negativa.

Desde la perspectiva positiva, el Convenio prevé que se aplicará para determinar “la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuera la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto”²⁰. De esta manera, los conceptos de

¹³ 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, p. 40.

¹⁴ Instrumento de ratificación del Convenio por parte de España publicado en el BOE 4 de noviembre de 1987.

¹⁵ Son Estados contratantes del Convenio de La Haya: Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Macedonia, Serbia, Suiza y Ucrania.

¹⁶ Artículo 28(1) del Reglamento Roma II.

¹⁷ Artículo 15 del Convenio.

¹⁸ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos: hacia una armonización mínima de las legislaciones nacionales en materia de prescripción”, *Anuario español de derecho internacional privado*, Volumen 18, 2018, pp. 495-531, p. 498; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, Número 140, 2009, pp. 695-726, párrafo 26; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (“Roma II”)", *Anuario español de derecho internacional privado*, Volumen 7, 2007, pp. 505-532, pp.527-529. Ver también: A. BORRAS, “La relation des textes de référence avec les textes internationaux” en M. FALLON, P. LAGARD, S. PERUZZETTO, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2009, p. 152; J. VON HEIN, “Article 4 and traffic accidents” en W. BINCHY, J. AHERN, *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 165-170; U. MAGNUS, “Torts/Delicts” en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Rome II Regulation – Commentary*, Otto Schmidt KG, Colonia, 2019, pp. 196-200.

¹⁹ Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 3744; L. GARAU JUANEDA, “La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”, *Anuario español de derecho internacional privado*, Volumen 7, 2007, pp. 497-504; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación...op.cit.”, p. 528.

²⁰ Artículo 1, párrafo 1 del Convenio.

responsabilidad civil extracontractual y de *accidente de circulación por carretera* se convierten en fundamentales para determinar si resulta aplicable o no el Convenio.

Respecto al primero de ellos, sabedores de que no es un concepto pacífico en el derecho comparado, los redactores del Convenio optaron por no definirlo. Por tanto, deberá ser el operador jurídico que conozca de la acción el que determine de conformidad con su derecho doméstico si la responsabilidad civil que exige el demandante contra el demandado con ocasión del accidente es extracontractual o no²¹. Igualmente, en la medida en que será el derecho procesal del foro el que determine si la acción civil puede acumularse a la penal cuando se considere que el accidente resulta subsumible en un tipo penal, será la *lex fori* la que en último término establezca si un órgano no perteneciente al orden jurisdiccional civil puede conocer de un asunto al que resulte potencialmente aplicable el Convenio²².

En cambio, sí define el Convenio qué se entenderá por *accidente de circulación por carretera* al prever que será “todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo”²³.

Esta definición adolece de múltiples problemas. En primer lugar, teniendo en cuenta que tiene por objeto definir qué es un *accidente de circulación por carretera*, parece lógico considerar que lo primero que debería haberse definido es el término *accidente*, lo cual no ocurre²⁴. En segundo lugar, requiriéndose la mera intervención de un vehículo, sería un accidente tanto el supuesto en que el vehículo es la causa de aquél, como el supuesto en que el vehículo es el que sufre los daños causados por la acción no solamente de otro vehículo, sino también de un peatón, animal o cosa²⁵. En tercer lugar, más allá de establecer que es indiferente si está motorizado o no, el Convenio no define qué se entenderá por *vehículo*. Siendo así, puede concluirse que, a efectos del Convenio, será vehículo todo medio apto para el transporte de personas u objetos, lo que supone que el Convenio debe aplicarse tanto a todos aquellos accidentes en que intervenga activa o pasivamente un automóvil, como en aquellos en que lo haga, por ejemplo, una bicicleta, un trineo, un carruaje o, incluso, un cochecito de bebe²⁶. Por último, tampoco

²¹ “Comme la convention se limite à la responsabilité extra-contractuelle, le problème de la qualification surgit. La conférence n’a pas estimé utile d’inclure une règle à cet effet dans la convention; par conséquent, *c’est aux règles générales de conflits de chacun des Etat contractants de s’appliquer à cet égard et dans la plupart des cas la qualification se fera donc selon la loi du for*” (énfasis añadido) [E.W. ESSEN, “Rapport explicatif de M. Eric W. Essén”, *Actes et documents de la Onzième session: 7 au 26 octobre 1968 – Tome III: Accidents de la circulation routière*, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1970, pp. 200-220, p. 203, párrafo 2.3]. Obviamente, esta solución deja la puerta abierta a que, dependiendo de la jurisdicción ante la que se plantee la acción, la responsabilidad pueda ser considerada extracontractual o contractual lo que, teniendo como consecuencia la aplicabilidad o no del Convenio, puede degenerar en el fomento del *forum shopping*. A este respecto, ver: *ibidem*, p. 203, párrafo 2.4.

²² “En effet, le lien qui unit l’action civile à l’action publique est de nature essentiellement procédural et n’empêche pas l’action civile de conserver sa nature propre. Par conséquent, la loi qui la gouverne en vertu de la convention doit continuer à s’appliquer, même devant les juridictions répressives” [*ibidem*, p. 203, párrafo 2.1]. Como sabemos, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en España la acumulación heterogénea de la acción civil y de la penal no solamente se admite en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr, de aquí en adelante) – Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta de Madrid de 17 de septiembre de 1882 –, sino que será la regla general, entendiéndose así que al ejercitar la acción penal se ejercita también la civil, salvo cuando el dañado o perjudicado renunciase a ésta o se reservase el derecho a ejercitarla una vez terminado el proceso penal (artículo 112 LECr). Por tanto, en España sería perfectamente posible que un órgano del orden penal debiera aplicar el Convenio para ventilar la responsabilidad civil dimanante de un accidente de tráfico que fuera subsumible en alguno de los tipos contenidos en el Código Penal – Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, BOE de 24 de noviembre de 1995 –. Ver: V. GIMENO SENDRA, S. CALAZA LÓPEZ, M. DÍAZ MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 183-190; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 186-189; J.M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ, I. RIAÑO BRUN, *Derecho Procesal Penal*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pp.57-61

²³ Artículo 1, párrafo 2 del Convenio.

²⁴ “La notion même d’accident n’a pas été définie. Elle a été prise au sens courant du mot, à savoir un évènement dommageable” [E.W. ESSEN, “Rapport explicatif... op.cit., p. 203, párrafo 3.1].

²⁵ “Le mot “concernant” (...) a été choisi afin de ne pas restreindre la convention au seul cas où le véhicule est l’agent actif de l’accident. La convention inclut donc les dommages subis ou causés par un véhicule passif. Ainsi la convention couvre les dommages causés à un véhicule passif par un piéton, un animal ou un objet, ou inversement par un véhicule passif à un usager de la route” (énfasis añadido) [E.W. ESSEN, “Rapport explicatif... op.cit., p. 204, párrafo 3.3].

²⁶ “La notion de véhicule a également un sensé large et comprend tout moyen de locomotion, qu’il soit automoteur ou non.

se define que se entenderá por *ligado a la circulación*, aunque parece lógico considerar que esto tendrá lugar cuando los daños sean consecuencia del movimiento del vehículo, persona o cosa que ha causado el accidente²⁷. Como se puede observar, la estricta combinación de todos estos elementos daría como resultado un concepto de *accidente de circulación por carretera* tan amplio que conllevaría un ámbito de aplicación del Convenio un tanto exorbitante pues abarcaría desde el siniestro ocasionado por el tráfico de un automóvil por una vía pública, a supuestos como el tropiezo de un peatón con un patinete estacionado en un aparcamiento.

La delimitación positiva del ámbito de aplicación del Convenio que acabamos de examinar se complementa con la relación de materias que resultan excluidas del mismo²⁸. De entre ellas, teniendo en cuenta el papel fundamental que tiene las compañías de seguros en la responsabilidad civil derivada de un accidente de tráfico, resulta especialmente importante la exclusión de las llamadas “*reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros*”.

En relación con esta exclusión, conviene tener en cuenta que la inaplicabilidad del Convenio vendría dada no tanto por la condición de parte de una o varias compañías de seguro, como de la naturaleza contractual de las cuestiones objeto de la acción. De esta manera, independientemente de que se dirija contra una compañía de seguros, el Convenio se aplicará a la acción en que una víctima reclame la indemnización por los daños y perjuicios ocasionado por un accidente de circulación del que es responsable un asegurado; sin embargo, no se aplicará a las acciones que tengan por objeto esclarecer en que grado y extensión la compañía de seguros debe reembolsar la indemnización que el asegurado haya abonado al perjudicado, ni a aquellas cuyo objeto sea determinar en qué grado y extensión la compañía de seguros que ha abonado una indemnización tiene derecho a reclamar su reembolso al responsable de los daños o a su aseguradora²⁹.

14. Si de la delimitación del ámbito de aplicación del Convenio resulta difícil decir algo positivo, más complejo todavía resulta hacerlo del sistema de normas que contiene el Convenio para identificar la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Este complejo y rígido sistema está constituido por una maraña de normas de conflicto que podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. Con carácter general, la responsabilidad extracontractual resultante de un accidente de circulación por carretera se regirá por la ley del Estado en que tuvo lugar el accidente³⁰.

Le dommage peut donc être lié aussi bien à un véhicule automoteur qu'à une bicyclette, un traineau, une voiture d'enfant, une remorque, même non attelée, etc. Il en est de même pour un véhicule hippomobile ou pour un animal seul, à condition qu'il puisse être considéré comme un moyen de locomotion, c'est-à-dire s'il sert au transport d'une personne ou d'un objet" [E.W. ESSEN, "Rapport explicatif... op.cit., p. 204, párrafo 3.4]

²⁷ "L'accident doit être lié à la circulation. Cette notion n'a pas été définie. Elle implique en général que l'un véhicule ou l'une des personnes impliquées dans l'accident soit en mouvement" [E.W. ESSEN, "Rapport explicatif... op.cit., p. 204, párrafo 3.5].

²⁸ El artículo 2 del Convenio excluye de su ámbito de aplicación 6 cuestiones, a saber: (a) la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de vehículos; (b) la responsabilidad del propietario de la vía de circulación o de cualquier otra persona encargada de asegurar el mantenimiento de la vía o la seguridad de los mismos; (c) las responsabilidades por acciones de terceros, excepto la responsabilidad del propietario del vehículo o la del comitente; (d) las reclamaciones entre personas responsables; (e) las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros; y, (f) las acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra los organismos de la Seguridad Social, de seguros sociales o instituciones análogas y los fondos públicos de garantía automovilística, así como a los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulen estos organismos. En relación con estas exclusiones, ver: E.W. ESSEN, "Rapport explicatif... op.cit., pp. 204-205.

²⁹ "En adoptant cette solution, la Conférence a également pris en considération le fait que le problème des recours entre coresponsables est, dans la Common Law, considéré comme de nature quasi-contractuelle. La convention exclut donc de son champ d'application tout problème de recours entre personnes responsables (...). Un problème spécial de recours se présente en matière d'assurances. Il y a, par exemple, le cas de subrogation de l'assuré aux droits de la victime qu'il a dédommée contra l'auteur du dommage, et le cas du recours de l'assuré, auteur de l'accident, ayant indemnisé le lésé contra son propre assureur. Toutes ces questions étant de nature contractuelle, la Conférence a décidé de les exclure expressément du champ d'application de la convention" [E.W. ESSEN, "Rapport explicatif... op.cit., p. 205, párrafos 6.1-6.2]. Ver también: A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Fundación MAPFRE/ Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 2012, pp. 174-180.

³⁰ Artículo 3 del Convenio. El artículo 5 del Convenio también establece que la ley del lugar donde tuvo lugar el accidente regirá siempre la responsabilidad por los daños producidos en los bienes que se encuentren fuera del o de los vehículos siniestrados

2. Como excepción a esta regla general, la responsabilidad extracontractual resultante de un accidente de circulación se regirá por la ley del Estado en que el vehículo esté matriculado – que en determinados casos se sustituirá por la ley del Estado dónde esté habitualmente estacionado³¹ – en tres supuestos:
 - A. Cuando en el siniestro haya intervenido un único vehículo y éste esté matriculado en un Estado distinto de aquél en el que ocurrió el accidente³². En este supuesto, la aplicación de la ley del Estado en que el vehículo está matriculado dependerá de la persona con respecto a la cual se pretende determinar la responsabilidad, así:
 - i. Respecto del conductor, poseedor, propietario, o cualquier persona que tenga derecho sobre el vehículo, se aplicará la ley del Estado en que el vehículo está matriculado³³;
 - ii. Respecto cada una de las víctimas que viajaban en el vehículo siniestrado se aplicará la ley del Estado en que el vehículo está matriculado si la víctima tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquél en que haya ocurrido el accidente³⁴;
 - iii. Respecto de cada una de las víctimas que no viajaban en el vehículo siniestrado se aplicará la ley del Estado en que el vehículo está matriculado si la víctima tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviera matriculado.
 - B. Cuando hayan intervenido varios vehículos y todos ellos estén matriculados en un mismo Estado y éste no sea aquél en el que ocurrió el accidente³⁵.
 - C. Cuando hayan estado implicados una o más personas que se encontraban fuera del o de los vehículos accidentados, si aquéllas tuvieran su residencia habitual en el Estado en el cual el o los vehículos estuvieran matriculadas³⁶.
3. La ley aplicable determinada conforme a lo previsto anteriormente regirá también la responsabilidad respecto de los daños producidos a bienes transportados por los vehículos directa o indirectamente involucrados en el accidente³⁷.
4. Con independencia de cuál sea la ley aplicable a la responsabilidad con respecto a los pasajeros, o respecto de los bienes transportados en el o los vehículos directa o indirectamente involucrados en el accidente, la ley aplicable a la responsabilidad respecto de los bienes que se encontraren fuera de dichos vehículos será la ley del Estado en cuyo territorio hubiera ocurrido el accidente³⁸.

15. En el caso cuyo análisis nos ocupa, no cabe duda de que se trata de un supuesto que entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio: la responsabilidad dimanante del accidente es de naturaleza extracontractual conforme al derecho español; en el siniestro interviene activamente un automóvil que circulaba por una vía pública; y, a pesar de que la acción se dirige contra una compañía aseguradora, al no tener la acción un objeto de naturaleza contractual, no puede entenderse excluida del ámbito de aplicación del Convenio.

Siendo aplicable el Convenio, será su sistema de normas de conflicto el que determine qué ley debe regir la responsabilidad extracontractual. En este sentido, tratándose de la responsabilidad respecto

³¹ El artículo 6 del Convenio prevé que, en lugar de la ley del Estado donde esté matriculado el vehículo, se aplicará la ley del Estado dónde esté habitualmente estacionado cuando: (a) El vehículo no esté matriculado; (b) el vehículo esté matriculado en varios Estados; (c) ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieran su domicilio, en el momento en que tuvo lugar el accidente, su residencia habitual en el Estado dónde estuviera matriculado el vehículo.

³² Artículo 4(a) del Convenio.

³³ Artículo 4(a) del Convenio.

³⁴ Artículo 4(a) del Convenio.

³⁵ Artículo 4(b) del Convenio.

³⁶ Artículo 4(c) del Convenio.

³⁷ Artículo 5, párrafos 1 y 2 del Convenio.

³⁸ Párrafo 3 del Artículo 5 del Convenio.

de tres víctimas de un accidente ocurrido en Marruecos mientras viajaban a bordo de un automóvil matriculado en España, la ley española registrará la responsabilidad con respecto a aquella o aquellas víctimas que no tuvieran su residencia habitual en Marruecos³⁹.

Por tanto, dado que dos de las víctimas tenían su residencia habitual en Marruecos y la otra la tenía en España, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial interpretaron y aplicaron correctamente el Convenio de La Haya al determinar que mientras la ley marroquí debía regir la responsabilidad respecto a las primeras, la española debía hacerlo con respecto a la última⁴⁰.

2. El Reglamento Roma II

16. Parece en este punto interesante analizar cómo se hubiera actuado de haberse aplicado el Reglamento Roma II y si conforme al mismo se podría haber alcanzado una solución diferente.

Como sabemos, a falta de elección de ley aplicable⁴¹, el Reglamento prevé como regla general la aplicación de la *lex loci delicti commissi*, es decir, la ley del lugar donde se produce el daño⁴². A esta regla general se le establece una excepción y una cláusula de escape. La excepción conlleva la prevalencia de 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 respecto de la *lex loci delicti commissi*⁴³. Por último, la cláusula de escape permite aplicar la ley del Estado que presenta una conexión manifiestamente más estrecha con el hecho dañoso que la del lugar donde se produce el daño o donde las partes tienen su residencia habitual común⁴⁴.

La aplicación de estas normas a nuestro caso no parece inicialmente que debiera desembocar en una solución diferente de la alcanzada mediante la aplicación del Convenio: no existiendo un acuerdo de las partes al respecto, habría de aplicarse la ley marroquí al ser Marruecos el lugar donde se produjo el daño; sin embargo, al tener una de las víctimas y el conductor su residencia habitual en España en el momento en que ocurrió el accidente, con respecto a dicha víctima la ley española prevalecería sobre la marroquí.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre bajo el férreo sistema del Convenio, como consecuencia de la cláusula de escape, cabría preguntarse si una valoración de las circunstancias del caso permitiría adoptar una aproximación más flexible y establecer la existencia de una conexión más estrecha del hecho dañoso con España, Marruecos o un tercer Estado que conllevara la aplicación de la ley de dicho Estado en lugar de la marroquí, la española o ambas.

17. La cláusula de escape se inspira en la doctrina del *proper law of the tort*⁴⁵. Esta doctrina fue propuesta por MORRIS como respuesta a los diferentes criterios que hasta ese momento los tribunales anglosajones habían adoptado para determinar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el *common law*. Así, frente a los criterios rígidos de la *lex fori*⁴⁶, la *lex loci delicti commissi*, o la apli-

³⁹ Segundo párrafo del artículo 4(a) del Convenio.

⁴⁰ STS 291/2021, de 1 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FD 4.

⁴¹ Se aplicará preferentemente la ley elegida por las partes. En este sentido, el artículo 14(1) del Reglamento Roma II prevé los requisitos que deberán concurrir para ser válida la elección efectuada por las partes, a saber: (a) el acuerdo de elección debe ser posterior al hecho generador del daño, o bien, cuando las partes implicadas desarrollen una actividad comercial, el acuerdo también podrá haberse concluido antes del hecho generador del daño; (b) la elección deberá manifestarse expresamente o resulta de manera implícita de las circunstancias del caso; (c) la elección no deberá perjudicar los derechos de terceros. Ver: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones... op.cit., pp. 3677 – 3681.

⁴² Artículo 4(1) Reglamento Roma II.

⁴³ Artículo 4(2) Reglamento Roma II.

⁴⁴ Artículo 4(3) Reglamento Roma II.

⁴⁵ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...* op.cit., p. 824.

⁴⁶ Defendido por VON SAVIGNY – "Die angegebene Ausnahme ist nun ferner anzuwenden auf die Obligationen aus Delicten (...) Bei diesen also ist stets zu sehen auf das am Orte der Klage geltende Gesetz, nicht auf das, unter welchem das Delict begangen wurde" [F.C. VON SAVIGNY, *System Des Heutigen Römischen Rechts: Vol VIII*, Vitus, Berlin, 1849, § 374, p. 278] – este criterio determinaba que los daños debían ser susceptibles de indemnización conforme a la legislación del país ante cuyos

cación conjunta de ambos a través de la llamada regla de la doble accionabilidad (*double actionability rule*)⁴⁷, MORRIS defendía que debía permitirse que el operador jurídico eligiera la ley que presentara una conexión más significativa con los hechos y sus consecuencias⁴⁸.

18. A pesar de tener su origen en Inglaterra, el primer lugar donde se adoptó oficialmente la doctrina del *proper law of the tort* fue en Estados Unidos de América. Considerando que el criterio de *lex loci delicti commissi* previsto en el *First Restatement on the Conflict of Laws*⁴⁹ producía resultados injustos, diversos autores abogaron por abandonarlo⁵⁰.

tribunales el demandante planteaba la acción. Así, por ejemplo, en *The Liverpool, Brazil and River Plate Steam Navigation Company Limited v Henry Benham & Others, (The 'Helley')* (1867-69) LR 2 PC 193, los propietarios de un buque noruego demandaron ante los tribunales ingleses a los propietarios de un buque inglés por los daños ocasionados por éste a aquél en una colisión que tuvo lugar en territorio belga como consecuencia de la falta de pericia de un práctico cuya intervención venía exigida por la ley belga. Los demandantes argumentaban que, habiendo ocurrido los hechos en Bélgica, debía ser la ley este país la que rigiese la responsabilidad y, conforme a aquella, los demandados eran responsables de los daños ocasionados por los actos del práctico. Sin embargo, siguiendo la argumentación de los demandados, el tribunal consideró que, dado que la acción se planteaba ante los tribunales ingleses, debía examinarse la responsabilidad de los demandados conforme a la ley inglesa y ésta establecía que, habida cuenta de que la intervención del práctico venía exigida por la ley belga, estos no podían ser responsables de los daños ocasionados por el práctico al no ser éste su empleado. Como comentaba EHRENZWEIG, como esta aproximación defendía una concepción obsoleta de la responsabilidad extracontractual en que ésta era tratada como una especie de cuasidelito, en *The Helley* los demandantes podrían haber evitado una decisión como la obtenida si, en vez de plantear su demanda ante los tribunales ingleses, la hubieran planteado ante los tribunales belgas. Ver: A.A. EHRENZWEIG, "The not so 'proper' law of a tort: Pandora's box", *International and Comparative Law Quarterly*, Volumen 17, Número 1, 1968, pp. 1-10, párrafo 1.

⁴⁷ Al hablar de la *double actionability rule*, se suele citar como precursor el famoso *Phillips v Eyre* (1870-71) LR 6 QB 1 aunque ciertamente éste no hizo otra cosa que recoger el testigo de casos previos en que también se citaba, como en *The Helley* – "And as in the case of a collision on an ordinary road in a Foreign country, where the rule of the road in force at the place of collision may be a necessary ingredient in the determination of the question by whose fault or negligence the alleged tort was committed. But in these and similar cases the English Court admits the proof of the Foreign law as part of the circumstances attending the execution of the contract, or as one of the facts upon which the existence of the tort, or the right to damages, may depend, and it then applies and enforces its own law so far as it is applicable to the case thus established; but it is, in their Lordships' opinion, alike contrary to principle and to authority to hold, that an English Court of Justice will enforce a Foreign Municipal law, and will give a remedy in the shape of damages in respect of an act which, according to its own principles, imposes no liability on the person from whom the damages are claimed" [*The Liverpool, Brazil and River Plate Steam Navigation Company Limited v Henry Benham & Others, (The 'Helley')* (1867-69) LR 2 PC 193, pp. 203-204] –. En *Phillips*, el demandado es un antiguo gobernador de Jamaica que, con el objetivo de aplacar la rebelión de la bahía de Morant, declaró la ley marcial y ordenó dar caza a los rebeldes, lo que resultó en el arresto y ejecución sumaria de diversos ciudadanos considerados instigadores de la rebelión. Sabedor de que en la metrópoli existía un grupo de políticos y ciudadanos partidarios de su procesamiento por los actos ocurridos durante la rebelión, antes de cesar de su cargo de gobernador, el demandado instó a la asamblea colonial de Jamaica a aprobar una ley exonerándole retroactivamente de responsabilidad por dichos actos. Estando ya en Inglaterra, fracasado el procedimiento penal, los demandantes presentaron acción de responsabilidad extracontractual por abuso y encarcelamiento ilegal. El tribunal consideró que para que dicha acción prosperase era necesario satisfacer dos requisitos, a saber: (1) de haber ocurrido en Inglaterra, los hechos alegados serían merecedores de indemnización; y, (2) los hechos debían estar indemnizables en el Estado en que tuvieron lugar – "As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England (...). Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done" [*Borrowman, Philips & Co v Free & Hollis* (1878) 48 QBD 500, párrafos 28-29] –. Dado que los hechos habían sido respaldados por la ley aprobada por la asamblea colonial de Jamaica, no se cumplía el segundo requisito y, por tanto, no se podía actuar contra el demandado. Esta doctrina fijaría el criterio a seguir durante las décadas posteriores como demuestra, por ejemplo, *Carr v Francis Times & Co* [1902] AC 176 en que la Cámara de los Lores enmendó una decisión de la Corte de Apelación estimando una acción de indemnización planteada por los propietarios de un cargamento de armamento contra un oficial de la armada británica que, amparándose en una decisión del sultán de Mascate, había incautado el armamento cuando el buque que lo transportaba se encontraba en aguas territoriales del sultanato: en la medida en que la incautación contaba con el respaldo de la ley local, no se podía proceder ante los tribunales ingleses.

⁴⁸ "If we adopt the proper law of the tort, we can at least choose the law which, on policy grounds, seems to have the most significant connection with the chain of acts and consequences in the particular situation before us" [J.H.C. MORRIS, "The proper law of a tort", *Harvard Law Review*, Volumen 64, Número 6, 1951, pp. 881-895, p. 888]. Ver también: C.G.J. MORSE, D. McLEAN, L.A. COLLINS, *Dacey, Morris & Collins on Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2018, párrafo 35.004.

⁴⁹ §§ 378-380 de *Restatement (First) of Conflicts of Laws* (1934).

⁵⁰ Ver: B. CURRIE, *Selected essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, p. 182; D.F. Cavers, "A critique of the choice-of-law problem", *Harvard Law Review*, Volumen XLVII, Número 2, pp. 173-208; R.A. LEFLAR, "Choice-Influencing Considerations in Conflicts of Law", *New York University Law Review*, Volumen 41, Número 2, pp. 267-327; C.G.J. MORSE, D. McLEAN, L.A. COLLINS, *Dacey, Morris & Collins...* op.cit., párrafo 35.005.

Esta visión recibió un apoyo fundamental cuando la Corte de Apelación de Nueva York en el caso de *Babcock v Jackson*⁵¹ afirmó que la justicia, la ecuanimidad y un mejor resultado podían ser alcanzados mediante la aplicación de la ley de la jurisdicción que, por su relación con lo ocurrido o con las partes, tuviera una mayor vinculación con el objeto del litigio⁵².

Poco después de la decisión de la Corte de Apelación de Nueva York, la nueva versión del *Restatement on the Conflict of Laws* abandonaría definitivamente el criterio de la *lex loci delicti commissi* y dispondría que los derechos y responsabilidades de las partes con respecto a la responsabilidad extracontractual se debían determinar conforme a la ley del Estado que presentara la relación más significativa con lo ocurrido y las partes⁵³.

19. En Inglaterra la adopción de la doctrina del *proper law of the torts* se produciría en la decisión de la Cámara de los Lores en el caso de *Boys v Chaplin*⁵⁴, aunque no lo haría en términos tan absolutos como los utilizados en Estados Unidos. Los tribunales ingleses defendieron que la regla general debía seguir siendo la *double actionability rule*, aunque reconocieron la aplicación excepcional de la doctrina del *proper law of the tort* como mecanismo de flexibilización que permitía en determinados supuestos inaplicar la *lex loci delicti commissi* y aplicar únicamente la *lex fori*⁵⁵, o viceversa⁵⁶, no llegándose nunca a aclarar si podía también desembocar en la aplicación de la ley de un tercer Estado⁵⁷.

⁵¹ *Babcock v Jackson* [1986] 2 Lloyd's Rep 286. En este caso, la demandante – una residente en Nueva York – actuaba por los daños ocasionados en un accidente de tráfico ocurrido en Ontario (Canadá) mientras viajaba a bordo de un vehículo conducido por el demandado, otro residente en Nueva York. El problema del caso residía en que la *lex loci delicti commissi* excluía la responsabilidad del conductor por los daños o pérdidas que el accidente pudiera haber ocasionado a la demandante – “*The owner or driver of a motor vehicle, other than a vehicle operated in the business of carrying passengers for compensation, is not liable for any loss or damage resulting from bodily injury to, or the death of any person being carried in the motor vehicle*” (énfasis añadido) [Highway Traffic Act of Ontario 1960] –.

⁵² “Justice, fairness and ‘the best practical result (...) may be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relationship or contact with the occurrence or the parties has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation’” (énfasis añadido) [*Babcock v Jackson* [1986] 2 Lloyd's Rep 286, p. 289]. Obviamente, dado que salvo por el lugar del accidente, el resto de los elementos del caso presentaban conexión con Nueva York, la aplicación de esta aproximación no podía hacer otra cosa que decantar la balanza a favor de la aplicación del derecho de Nueva York en detrimento de la aplicación de la ley de Ontario, es decir, de *lex loci delicti commissi*.

⁵³ “The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties (...)” [§145(1) Restatement of the Law (Second) Conflicts of Laws 1971]

⁵⁴ *Boys v Chaplin* [1971] AC 356. En este caso el demandante era un ciudadano inglés que sufrió un accidente de tráfico en Malta a consecuencia de la negligencia del demandado, otro ciudadano inglés. De aplicarse la ley maltesa, el demandante únicamente tenía derecho a la indemnización de una parte de los daños sufridos valorados en 53 libras; sin embargo, de aplicarse la ley inglesa, tendría derecho a la indemnización de todos los daños sufridos, los cuales ascendían a más de 3.000 libras. La Cámara de los Lores estimó que, salvo cuando el asunto presentara una conexión particularmente más significativa con un ordenamiento jurídico determinado, debía seguir aplicándose la doctrina del caso *Phillips*. En palabras de LORD HUDSON: ““I would for myself, therefore, adopt the American Law Institute Restatement (Second) Conflict of Laws (...). If controlling effect is given to the law of the jurisdiction which because of its relationship with the occurrence and the parties has the greater concern with the specific issue raised in the litigation, the ends of justice are likely to be achieved (...)” (énfasis añadido) [*Boys v Chaplin* [1971] AC 356, p. 380].

⁵⁵ En *Boys*, la flexibilización de la doctrina del caso *Phillips* conllevó la aplicación del derecho inglés (la *lex fori*) en detrimento de la ley maltesa (la *lex loci delicti commissi*) porque, salvo por ser el lugar donde tuvo lugar el accidente, la conexión con Malta era meramente circunstancial: tanto el demandante como el demandado eran ciudadanos ingleses que se encontraban en Malta de manera temporal.

⁵⁶ *Red Sea Insurance Co Ltd v Bouygues SA & Others* [1995] 1 AC 190 es un buen ejemplo. En este caso, los demandantes – un conjunto de 17 entidades vinculadas a un proyecto inmobiliario en Arabia Saudí – reclaman a la demandada – una compañía de seguros formada en Hong Kong y cuya oficina principal se ubica en Arabia Saudí – unos daños y perjuicios que entienden cubiertos por una póliza que la demandada emitió. Para eludir su pago, la demandada alega que los daños y perjuicios son consecuencia de la mala calidad del hormigón prefabricado facilitado por PCG – un consorcio del que forman parte 10 de los demandantes – y, por tanto, que tiene derecho a subrogarse en la posición de los otros 7 demandantes para reclamar a PCG el importe de la indemnización que deba abonar a esos 7 demandantes en virtud de la póliza. El problema del caso residía en que mientras la ley de Arabia Saudí (la *lex loci delicti commissi*) permitía dicha subrogación, la ley de Hong Kong (*lex fori*) no la permitía. Finalmente, siguiendo el precedente de *Boys*, el *Privy Council* optó por enmendar la decisión de la Corte de Apelación de Hong Kong y considerar que, dado que el caso presentaba una conexión particularmente estrecha con Arabia Saudí, debía aplicarse la *lex loci delicti commissi* y admitirse la subrogación.

⁵⁷ C.G.J. MORSE, D. McLEAN, L.A. COLLINS, *Dicey, Morris & Collins...* op.cit., párrafo 35.008.

Esta situación se mantendría hasta la abolición generalizada en 1995 de la *double actionability rule*⁵⁸ y el reconocimiento de que, salvo cuando concurren factores que revelen una conexión significativa con otro ordenamiento jurídico que hagan que la aplicación de su ley sea sustancialmente más apropiada⁵⁹, la responsabilidad extracontractual se debía regir por la *lex loci delicti commissi*⁶⁰. Algo similar ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos anglosajones como el canadiense⁶¹, o el australiano⁶².

⁵⁸ Salvo para los supuestos de difamación, la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* dispuso expresamente la abolición de la *double actionability rule* al disponer que: “*The rules of the common law, in so far as they require actionability under both the law of the forum and the law of another country for the purpose of determining whether a tort or delict is actionable (...) are hereby abolished* so far as they apply to any tort or delict which is not excluded from the operation of this Part by section 13 below” (énfasis añadido) [artículo 10]. Adicionalmente, el artículo 13(2) aclaraba qué se entendería por acción de difamación: “(a) *any claim under the law of any part of the United Kingdom for libel or slander or for slander of title, slander of goods or other malicious falsehood and any claim under the law of Scotland for verbal injury*; and, (b) *any claim under the law of any other country corresponding to or otherwise in the nature of a claim mentioned in paragraph (a) above*” (énfasis añadido). Ver: C.G.J. MORSE, D. McLEAN, L.A. COLLINS, *Dacey, Morris & Collins...* op.cit., párrafos 35.106-35-132.

⁵⁹ “If it appears, in all the circumstances, from a comparison of – (a) the significance of the factors which connect a tort or delict with the country whose law would be the applicable law under the general rule; and, (b) the significance of any factors connecting the tort or delict with another country, that it is substantially more appropriate for the applicable law for determining the issues arising in the case, or any of those issues, to be the law of the other country, the general rule is displaced and the applicable law for determining those issues or that issue (as the case may be) is the law of that other country” [artículo 12(1) de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*].

⁶⁰ “The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur” [artículo 11(1) de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*].

⁶¹ En Canadá, la *double actionability rule* se implementó de una manera un tanto peculiar en el fallo del Tribunal Supremo en el caso *McLean v Pettigrew* [1945] SCR 62: mientras en el Reino Unido se exigía que los hechos dañosos fueran susceptibles de indemnización tanto en el Reino Unido, como en el lugar dónde habían tenido lugar, en Canadá se pasó a exigir que los hechos fueran indemnizables conforme a la ley canadiense y no concurría una causa de justificación reconocida en el ordenamiento jurídico del lugar donde los hechos habían tenido lugar. Esta posición se abandonó en el fallo conjunto de los casos *Jensen v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022. En aras a la seguridad jurídica, el Tribunal Supremo consideró que era preferible que la responsabilidad extracontractual se rigiese por la ley del lugar donde los hechos habían tenido lugar, admitiéndose que esta regla podría requerir cierta flexibilización en supuestos internacionales – “From the general principle that a state has exclusive jurisdiction within its own territories and that other states must under principles of comity respect the exercise of its jurisdiction within its own territory, it seems axiomatic to me that, at least as a general rule, the law to be applied in torts is the law of the place where the activity occurred (...) [This rule] has the advantage of certainty, ease of application and predictability. (...) However, because a rigid rule on the international level could give rise to injustice in certain circumstances, I am not averse to retaining a discretion in the court to apply our own law to deal with such circumstances. I can, however, imagine few cases where this would be necessary” (énfasis añadido) [*Jensen v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022, pp. 1049-1054] – Ver, por ejemplo: *Hanlan v Sernesky* [1998] OJ No 1236 – un caso en que la Corte de Apelación de Ontario desestimó una apelación contra la decisión del juzgado de primera instancia de aplicar la *lex fori* a los daños derivados de un accidente ocurrido en Minnesota: las partes eran residentes en Ontario, la póliza de seguros había sido emitida en Ontario, las consecuencias directas del accidente se estaban sufriendo en Ontario por los familiares del demandante, la acción ejercitada no era admitida por la ley de Minnesota –; o, *Wong v Lee* [2002] OJ No 885 – un caso con una base fáctica similar a la de *Hanlan*, pero en el que la misma Corte de Apelación de Ontario enmendó la decisión del juzgado de primera instancia de aplicar la *lex fori* porque el juzgado había basado su decisión fundamentalmente en el hecho de que las partes eran residentes en Ontario –.

⁶² La doctrina del caso *Phillips* se implementó en el ordenamiento australiano a través del fallo en el caso *Koop v Bebb* (1951) 84 CLR 629 – “an action of tort will lie in one State for a wrong alleged to have been committed in another State, if two conditions are fulfilled: first, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if it had been committed in the State in which the action is brought; and secondly, it must not have been justifiable by the law of the State where it was done” [*Koop v Bebb* (1951) 84 CLR 629, p. 642] – y sería posteriormente objeto de reformulación en *Breavington v Godleman & Others* (1988) 169 CLR 41 – “A plaintiff may sue in the forum to enforce a liability in respect of a wrong occurring outside the territory of the forum if: (1) the claim arises out of circumstances of such a character that, if they had occurred within the territory of the forum, a cause of action would have arisen entitling the plaintiff to enforce against the defendant a civil liability of the kind which the plaintiff claims to enforce; and, (2) by the law of the place in which the wrong occurred, the circumstances of the occurrence gave rise to a civil liability of the kind which the plaintiff claims to enforce. This restatement is narrower in expression than the traditional formulation (...). It defines more precisely the issues which are referred for determination to the *lex fori* and the *lex loci* respectively” [*Breavington v Godleman & Others* (1988) 169 CLR 41, pp. 110-111] –. En el caso de supuestos internacionales, la abolición de esta versión de la *double actionability rule* y el consiguiente reconocimiento de que la responsabilidad extracontractual debe regirse por la *lex loci delicti commissi* se produjo en *Regie Nationale Des Usines Renault SA v Zhang* [2002] HCA 10, aunque con la peculiaridad de que los tribunales australianos no admiten la cláusula de escape – “The double actionability rule should now be held to have no application in Australia in international torts. To the extent that the first limb of that rule was intended to operate as a technique of forum control, we should frankly recognise that

20. Como podemos observar, mientras en Estados Unidos la doctrina del *proper law of the torts* se implementó como regla general, en el Reino Unido lo hizo como excepción a la regla general, forma ésta última en que en cierta medida se ha incorporado al Reglamento Roma II a través de la cláusula de escape.

Dado su carácter excepcionalísimo, la cláusula de escape únicamente se debe activar en aquellos supuestos en que la aplicación de las leyes del territorio en que se ha verificado el daño y/o del lugar donde tienen su residencia habitual común las partes impliquen unos costes de transacción conflictuales mayores que los que implicaría la aplicación de la ley que presente unos vínculos manifiestamente más estrechos con los hechos que aquéllas⁶³.

¿Cabría la posibilidad de activar la cláusula de escape en el caso que nos ocupa? En mi opinión, existe un argumento que apoyaría su activación: la inequidad que conlleva la aplicación de diferentes legislaciones a las acciones acumuladas en el proceso que traen causa de un mismo supuesto de hecho⁶⁴. Esto se demuestra de manera clara por el fallo del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial: mientras la responsabilidad del conductor por el fallecimiento del individuo con residencia habitual en España acarrea una indemnización de 228.965 euros, la responsabilidad respecto del fallecido que tenía su residencia habitual en Marruecos acarrea una indemnización de alrededor de unos 30.000 euros. Sin necesidad de entrar en el siempre ponzoñoso debate de lo justo o injusto⁶⁵, resulta evidente que no es lógico que dos consecuencias objetivamente idénticas derivadas de un mismo supuesto de hecho den lugar a resultados tan heterogéneos en un mismo proceso.

21. De poderse activar la cláusula de escape, el problema subsiguiente sería ponderar las circunstancias del caso y determinar qué ley presenta una conexión más estrecha. Los hechos presentan conexión únicamente con Marruecos – es el lugar dónde ha tenido lugar el accidente y dónde tiene su residencia habitual dos de las tres víctimas del accidente – y España – es el lugar dónde estaba matriculado el vehículo siniestrado y tenían su residencia habitual el conductor y una de las víctimas en el momento de producirse el accidente –.

De estos puntos de conexión, a diferencia de lo que ocurre con aquellos medios de transporte que habitualmente cruzan espacios no sometidos a soberanía alguna como buques o aeronaves, el lugar de matriculación de un vehículo de carretera parece un punto de conexión débil⁶⁶.

the question is about public policy and confront directly the issues that this may present. (...) It is sufficient to say that, should a question arise as to whether public policy considerations direct that an action not be maintained in Australia, that question is appropriately resolved as a preliminary issue on an application for a permanent stay of proceedings. The question then is whether (...) and by way of extension to it, it is the *lex loci delicti* which should be applied by courts in Australia as the law governing questions of substance to be determined in a proceeding arising from a foreign tort. If so, there is a subsidiary question as to whether, as the respondent would have it, there should be appended to that choice some flexible exception doctrine (...). The submission by the Renault companies is that the reasoning and conclusion (...) that the substantive law for the determination of rights and liabilities in respect of intra-Australian torts is the *lex loci delicti* should be extended to foreign torts, despite the absence of the significant factor of federal considerations, and that this should be without the addition of any flexible exception. That submission should be accepted.” [*Regie Nationale Des Usines Renault SA v Zhang* [2002] HCA 10, párrafos 60-77] –. Ver: A. APPS, “*Breavington v Godleman*: a new choice of law rule for torts”, *Sydney Law Review*, Volumen 12, 1990, pp. 625-637; M. DUCKWORTH, “*Regie Nationale Des Usines Renault SA v Zhang*: certainty or justice? Bringing Australian choice of law rules for international torts into modern era”, *Sydney Law Review*, Volumen 24, 2002, pp. 659-583.

⁶³ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones... op.cit., p. 3694.

⁶⁴ “[The escape clause] also provides a possibility to apply one single law in appropriate case where otherwise different laws would be applicable as in a case of primary damage to one victim in different countries or in multi-party situations, always provided that the connection to that single law is manifestly close” (énfasis añadido) [U. MAGNUS, “Torts/Delicts... op.cit., p. 183]. En este sentido, comprando el Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya, el profesor ESPINIELLA apunta que el sistema previsto en el Reglamento Roma II resulta más idóneo en el supuesto de multitud de víctimas porque “la cláusula de escape puede corregir ciertos fallos. Ciertamente, [cuando se dan condiciones similares a las del caso examinado] existe un tratamiento desigual: unas reclamaciones se regirán por la ley de la residencia habitual y otras por la *lex loci*. Tal fallo se podría neutralizar a través de la cláusula de escape, buscan la ley más estrechamente vinculada a la colectividad, [no a cada una de las víctimas]” [A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas...* op.cit., p. 83].

⁶⁵ Sobre el debate en relación con el concepto de justicia, ver: H. KELSEN, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the mirror of science*, University of California Press, Berkley, 1957.

⁶⁶ Tratándose de daños ocurridos a bordo de un buque o una aeronave, habría que diferenciar dos supuestos: por un lado, si los daños se han producido mientras el buque o la aeronave se encontraba en el mar territorial o espacio aéreo de un Estado, se habría de aplicar la ley de dicho Estado con independencia del lugar donde el buque o la aeronave estén registrados o matricu-

Asimismo, podría también cuestionarse la intensidad de la conexión que se derivaría de la supuesta residencia habitual en España de uno de los fallecidos. Ésta es una cuestión que durante la primera instancia generó dudas que fueron resueltas por el Juzgado de Cartagena dando prevalencia a un documento oficial español que decía que el fallecido estaba empadronado en Fuente Álamo (Murcia) respecto de otros dos documentos oficiales marroquíes – el acta de defunción y el atestado del accidente – que afirmaban que tenía su domicilio en Tendirra (Marruecos), a 34 kilómetros del lugar donde tuvo lugar el accidente. Teniendo en cuenta esta *batalla de documentos oficiales*, parece claro que el hecho de que tuviera su residencia habitual en España es un hecho cuestionable del que podría derivarse una conexión circunstancial de leve intensidad.

Siendo así, el principal punto de conexión con España quedaría reducido a ser el lugar donde tiene su residencia habitual el conductor del vehículo siniestrado, por lo que la conexión sería más estrecha con Marruecos: es el lugar donde tuvo lugar el accidente, residen de manera indubitada dos de las tres víctimas, y existen sospechas fundadas de que lo hace también la tercera.

22. En conclusión, de poderse activar la cláusula de escape prevista en el artículo 4(3) del Reglamento Roma II, parece que ésta favorecería la aplicabilidad del derecho marroquí sobre el español a las acciones acumuladas en el proceso. De esta manera se evitarían resultados gravosamente heterogéneos a supuestos de hecho objetivamente idénticos y objeto de una tramitación y resolución conjunta ante el mismo operador jurídico.

IV. El Artículo 20 de la Ley de Contratos de Seguro y la incertidumbre en la ley aplicable a la responsabilidad

23. Frente a la concisión de su redacción original⁶⁷, el actual artículo 20 de la LCS prevé una detallada regulación de la mora del asegurador en el cumplimiento de sus prestaciones que se asienta sobre la idea de que, salvo cuando mediará causa justificada o no imputable al asegurador⁶⁸, éste incurrirá en mora cuando no cumpla con su prestación en los plazos legalmente previstos, adeudándose entonces unos intereses inicialmente equivalentes al interés legal del dinero incrementado en un 50 por ciento que, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, pasarán a ser como mínimo del 20 por ciento⁶⁹.

24. Debido a las dudas existentes en relación con el lugar dónde tenía su residencia habitual uno de los fallecidos, tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial consideraron que, habida cuenta de que según dónde se fijara dicha residencia habitual la responsabilidad se regiría por la ley española o por la marroquí, no había existido mora del asegurador⁷⁰. En otras palabras, ambos órganos consideraron implícitamente que la duda más que razonable sobre qué ley debía aplicarse a la

lados – en este sentido, ver la STS de 15 marzo de 1984, RJ/1984/1574 en que el Tribunal Supremo consideró que la legislación francesa no era aplicable a la responsabilidad dimanante a la muerte de un trabajador español que se encontraba a bordo de una barcaza con pabellón francés mientras ésta se encontraba adherida a un dique de los astilleros de Cádiz –; y, por otro lado, si los daños se han producido mientras el buque o la aeronave se encontraba en un espacio no sometido a soberanía estatal alguna, no habrá *lex loci delicti* y se deberá analizar las circunstancias del caso y determinar cuál es la *proper law of the tort*, cabiendo en este supuesto presumir que el país más estrechamente vinculado con el supuesto será el país del pabellón del buque o aeronave [A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones... op.cit., p. 3698]. Por analogía, en la medida en que resulta extraño encontrar una carretera que cruce un territorio no sometido a la soberanía de algún Estado, el lugar de matriculación de un automóvil perderá relevancia al ser posible determinar la ley del Estado en que se han producido los daños.

⁶⁷ La actual redacción se introdujo mediante la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE de 9 de noviembre de 1995. Contrariamente a lo que ocurre en la actualidad, el artículo 20 de la LCS simplemente decía: “Si en el plazo de 3 meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiera realizado la reparación del daño o indemnizado su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 20 por 10 anual”.

⁶⁸ Artículo 20(8º) de la LCS.

⁶⁹ Artículo 20(4º) de la LCS.

⁷⁰ SAP MU 806/2017, de 11 de abril, ECLI:ES:APMU:2017:806, FD 1.

responsabilidad derivada del accidente de tráfico era una causa justificada o no imputable al asegurador que conllevaba la inexistencia de mora y, consiguientemente, de la obligación del pago de los intereses legales previstos en el artículo 20 de la LCS.

En este punto el Tribunal Supremo mantiene una visión diametralmente opuesta a la mantenida por los órganos inferiores. Amparándose en una interpretación muy rigurosa del precepto conforme a la cual únicamente no se incurrirá en mora en los casos en que exista una situación de incertidumbre o duda razonable en torno a la realidad del siniestro o su cobertura⁷¹, el Tribunal argumenta que no existía en el caso controversia en relación con la realidad del siniestro, la responsabilidad del conductor demandado, y la existencia y vigencia de la cobertura del seguro⁷².

A continuación, considerando que la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización no justifica la demora en el cumplimiento de la prestación⁷³, el Tribunal añade que, existiendo un documento del padrón y habiéndose determinado al conocer de la declinatoria que el fallecido tenía su residencia habitual en España, la aseguradora ya no debería haber albergado dudas sobre dónde tenía su residencia habitual el fallecido⁷⁴, debiendo entonces haberse liquidado el siniestro o, al menos, consignado las cantidades correspondientes a disposición de los herederos del fallecido, conforme a la ley española, al ser ésta la ley que, una vez fijada la residencia habitual del finado en España, resultaba aplicable a la responsabilidad extracontractual respecto al fallecido conforme al Convenio de La Haya.

25. Comprendiendo que la intención del Tribunal Supremo es evitar que las aseguradoras puedan abusar de su posición respecto al perjudicado demorando el pago de las indemnizaciones y evitando incurrir en mora mediante la mera alegación de la concurrencia de cualquier cuestión susceptible de debate⁷⁵, resulta difícil compartir el fallo del Tribunal Supremo en un supuesto internacional complejo como el examinado.

⁷¹ STS 291/2021, de 1 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FD 3. El Tribunal Supremo argumenta que para que “nazca el derecho del asegurado a cobrar es necesario no sólo verificar la realización de un evento dañoso, sino también que el mismo constituya un riesgo objeto de cobertura en la póliza suscrita. En principio, la obligación de pago se presume existente desde la realización del siniestro típico” [STS 104/2020, de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2020:104, FD 2.2]. A raíz de ello, el Tribunal Supremo argumenta que esta obligación de pago “no desaparece automáticamente por el hecho de exista un proceso o deba acudir al mismo, sino *únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar*, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura” (énfasis añadido) [STS 3503/2019, de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:2019:3503, FD 6].

⁷² STS 291/2021, de 1 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FD 3.

⁷³ Desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la indeterminación del *quantum* indemnizatorio no impide que la compañía de seguros pueda incurrir en mora, pues considera la “indemnización como una deuda que, con independencia de cuándo se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro como hecho determinante del deber de indemnizar. La sentencia que finalmente fija el importe del daño tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho *ex novo*, sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro” [STS 104/2020, de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2020:104, FD 2.3]. Ver también: STS 1425/2016, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2016:1425, FD 3; STS 3704/2012, de 17 de mayo, ECLI:ES:TS:2012:3704, FD 3.A.

⁷⁴ “La residencia en España del [fallecido] constaba en documento expedido por las autoridades españolas. Incluso dicha residencia en nuestro país fue expresamente proclamada por el auto de 2 de febrero de 2012, dictado por el juzgado, resolutorio de la declinatoria promovida por [el demandado] (...) [y] se confirma por auto de 3 de septiembre de 2012 del juzgado resolutorio del recurso de reposición interpuesto por la demandada. *Pese a ello, la compañía, que ya no podía albergar duda al respecto, avalada por sendas resoluciones judiciales, continuó con su reticencia a liquidar el siniestro* que, por otra parte, tampoco presentaba mayores dificultades, pues el daño a indemnizar consistía en el fallecimiento de una persona, lo que no requería mayores comprobaciones, que constatar la realidad de la muerte, nunca cuestionada, para aplicar el sistema tabular o, al menos, consignar las cantidades correspondientes a disposición de los herederos” (énfasis añadido) [STS 291/2021, de 1 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FD 3.2].

⁷⁵ Esta intención se ha reconocido sin fisuras por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar el artículo 20(8º) de la LCS: “La jurisprudencia ha declarado con reiteración que dichos intereses ostentan un *carácter marcadamente sancionador con una finalidad preventiva*, en la medida en que sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal, que pesa sobre el asegurador, de hacer honor al compromiso contractual asumido de resarcir puntualmente el daño asegurado. En definitiva, *su función radica en excitar el celo de las compañías en la liquidación de los siniestros*, objeto de cobertura en las pólizas suscritas, *evitando demoras en el cumplimiento de tal obligación*, que constituye el fundamental deber contractual que corresponde a las compañías de seguros (...). Por ello, *se impone una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el*

26. Por un lado, la relevancia que se otorga a los pronunciamientos sobre la residencia habitual de la víctima en España en la desestimación de la declinatoria resulta excesiva.

Tratándose de pronunciamientos adoptados en una fase embrionaria del proceso con base en un principio de prueba documental⁷⁶ y con objeto únicamente de determinar incidentalmente la competencia y jurisdicción del órgano judicial ante el que se ha planteado la demanda⁷⁷, dichos pronunciamientos no hubieran impedido al Juzgado de Primera Instancia de Cartagena desdecirse de lo sostenido en ellos si una vez celebrada la fase plenaria hubiera constatado que la víctima no tenía ciertamente su domicilio en España. Dicho de otro modo, si los demandados durante la fase del juicio oral hubieran sido capaces de demostrar que el fallecido no tenía ciertamente su domicilio en España, lo dicho en la declinatoria no hubiera constituido un obstáculo para determinar que debía aplicarse el derecho marroquí. Cuestión diferente es que, habiéndose fundamentado erróneamente la competencia judicial internacional en el entonces artículo 22(3º) de la LOPJ, de haberse apreciado que el fallecido tenía realmente su domicilio en Marruecos, el Juzgado probablemente no habría tenido otra que reconocer que erró en la resolución de la declinatoria y dictar una *sentencia procesal o absolutoria en la instancia*⁷⁸.

Por tanto, no parece que se pueda aducir que las dudas de la demandada sobre el lugar donde el fallecido tenía su residencia habitual carecieran de sentido una vez desestimada la declinatoria pues lo dicho al resolver ésta ni siquiera tenían la capacidad de vincular al propio órgano que las adoptó en relación con la determinación de su competencia y jurisdicción.

Asimismo, en la medida en que la declinatoria se resuelve con anterioridad a que la parte demandada formule su contestación a la demanda⁷⁹ y que la cuestión del derecho aplicable al fondo del asunto no es alegable en la declinatoria, la argumentación del Supremo implícitamente conduciría a que el demandado no podría alegar en su escrito de contestación cuestiones relativas al fondo del asunto que entrasen en conflicto con afirmaciones fácticas sostenidas en el auto en que se desestimase la declinatoria, lo que sustraería de la fase plenaria el debate sobre cuestiones que le son propias⁸⁰.

pago a los perjudicados” (énfasis añadido) [STS 2685/2020, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2685, FD 2]. En términos similares se ha pronunciado, entre otros, en: STS 104/2020, de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2020:104, FD 2.1; STS 3162/2020, de 5 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3162, FD 4.1; STS 3503/2019, de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:2019:3503, FD 6; STS 3419/2019, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TS:2019:3419, FD 5.

⁷⁶ Artículo 65(1) de la LEC.

⁷⁷ Artículo 63(1) de la LEC.

⁷⁸ Existiendo un clamor doctrinal a favor de la resolución de las cuestiones procesales en una fase previa con el fin de evitar las denominadas *sentencias procesales o absolutorias de la instancia* – es decir, resolución judicial dictada una vez finalizado el proceso en que no se entra a resolver el fondo del asunto al apreciar una cuestión procesal que impide al órgano decisor hacerlo –, el legislador estableció en la LEC una estructura en que se combina la existencia de ciertos presupuestos o requisitos procesales apreciables de oficio con la exigencia de que otros deben hacerse valer necesariamente por las partes durante la fase de alegaciones (el demandado generalmente en la contestación a la demanda y el demandante, raramente, en la audiencia previa). Esta combinación hace que, únicamente en casos excepcionales, pueda existir una *sentencia procesal* en el marco de la actual LEC. A pesar de su excepcionalidad, la posibilidad se reconoce tanto doctrinalmente, como expresamente en el artículo 745 de la LEC. Ver: M. LÓPEZ ORELLANA, “Las resoluciones y sus efectos” en J. FLORS MATÍES, *Proceso Civil: doctrina jurisprudencia y práctica forense*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 521-614; F. MARÍN CASTÁN, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 1824-1829; J. MONTERO AROCA, *El Proceso Civil: los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016, pp. 919-920.

⁷⁹ Como es sabido, la única gestión que el demandado puede realizar sin que se produzca tácitamente su sumisión a favor del órgano judicial que considere carente de jurisdicción y/o competencia es el planteamiento de la declinatoria [artículo 56(2º) de la LEC]. Por ello, el artículo 64(1) de la Ley de Enjuiciamiento de Civil determina que la declinatoria habrá de proponerse dentro de los 10 primeros días del plazo para contestar la demanda, causando su interposición la suspensión del procedimiento. Esta circunstancia se tuvo expresamente en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena y la Audiencia Provincial de Murcia: “En consecuencia, la oposición podía tener cierto fundamento, aunque el juzgador “*a quo*” luego entendiera acreditado que la residencia (...) del citado ocupante estuviera en España (...), y con ello, aplicara esta legislación respecto de los herederos y perjudicados del citado ocupante; en consonancia con lo anterior, también en el auto de 2 de febrero de 2012 (...) se consideraba que la residencia (...) estaba en España, pero cuando se presenta la contestación a la demanda es pocos días después de aquél auto, y el mismo aún no era firme” [SAP MU 806/2017, de 11 de abril, ECLI:ES:APMU:2017:806, FD 1].

⁸⁰ La pertenencia del debate sobre los elementos fácticos y las cuestiones materiales a una fase procesal posterior a la declinatoria queda meridianamente clara en la estructura del proceso: (1) en la contestación a la demanda el demandado habrá de: exponer los fundamentos de su oposición a las pretensiones del demandado; alegar las excepciones materiales que tuviera por conveniente; y, admitir o rechazar los hechos aducidos por el actor en la demanda [artículos 405(1) y (2) de la LEC]; (2).

27. Por otro lado, la equiparación de la controversia sobre la ley aplicable a la responsabilidad con la mera disputa sobre la cuantía de la indemnización resulta un tanto hiperbólica.

En la medida en que la fijación del *quantum* indemnizatorio depende de la ley que resulte aplicable a la responsabilidad de la que trae causa, resulta indudable que ambas cuestiones guardan relación; sin embargo, esto no puede conllevar que ambos conceptos se puedan confundir, ni que la controversia sobre el derecho aplicable al fondo del asunto pueda recibir el mismo tratamiento que una controversia sobre la cuantía de indemnización.

Al interpretar el artículo 20(8º) de la LCS en relación con la judicialización de un siniestro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la aseguradora no incurrirá en mora cuando dicha judicialización se halle fundada en razones convincentes y racionales que justifiquen su reticencia a liquidar puntualmente el siniestro⁸¹.

En este sentido, desde la perspectiva del derecho internacional privado, resulta difícil imaginar una cuestión más convincente y racional para justificar la demora en el cumplimiento de una obligación de carácter internacional que la necesidad de esclarecer qué ley debe regir dicha obligación. No solamente esto es así en un plano teórico, sino también en el plano práctico, pues difícilmente puede una aseguradora saber cuál es la cuantía a liquidar o consignar en concepto de indemnización si no se sabe qué ley rige la responsabilidad de la que trae causa la obligación de liquidar o consignar la indemnización.

Por tanto, en mi opinión, la argumentación del Tribunal Supremo equiparando la controversia sobre la ley aplicable con la disputa sobre el *quantum* indemnizatoria sería admisible en supuestos en que no exista duda de qué ley debe regir la responsabilidad dimanante de un siniestro internacional; sin embargo, tratándose de un supuesto complejo, surgirá inmediatamente la cuestión de conforme a cuál de las potenciales leyes deberá una aseguradora liquidar o consignar la indemnización para evitar incurrir en mora de determinarse finalmente por el operador jurídico que resulta aplicable la española y, por consiguiente, el artículo 20 de la LCS. Lo que se acaba de exponer resulta evidente en el caso que hemos analizado: para evitar incurrir en mora, no sabiendo si debía aplicarse la ley marroquí o la española, ¿debería el asegurador haber abonado o consignado los 30.000 euros que derivaban de la aplicación de la primera o los casi 300.000 que conllevaba la aplicación de la segunda?

V. Conclusiones

28. Planteada una cuestión inicial concerniente a la determinación de qué ley debía regir la responsabilidad civil dimanante de un accidente de tráfico ocurrido fuera de España, el Tribunal Supremo acierta al avalar la interpretación y aplicación del Convenio de La Haya efectuada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena y la Audiencia Provincial de Murcia.

En este punto, el caso evidencia que el rígido y complejo sistema de normas previsto en el Convenio genera resultados ciertamente cuestionables en términos de equidad al posibilitar fallos gravosamente heterogéneos a supuestos de hecho objetivamente idénticos que, además, son objeto de tramitación y resolución conjunta ante un mismo operador jurídico.

a la vista de lo alegado en la demanda y en la contestación a la demanda, en la Audiencia Previa las partes habrán de fijar los hechos sobre los que existe conformidad o no, para posteriormente las partes proponer y el tribunal admitir la prueba pertinente y útil para esclarecer los hechos controvertidos [artículos 427 – 429 de la LEC]; (3) en el juicio, practicada la prueba, las partes formularán sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o no [artículos 431 – 433 de la LEC]; y, finalmente, (4) en la sentencia que pone fin al proceso el órgano judicial deberá expresamente consignar con claridad y precisión los hechos que estime, en su caso, probados [artículo 209(2º) de la LEC].

⁸¹ “[Para que la judicialización sea una causa justificada que impida a la aseguradora incurrir en mora], la judicialización habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro” [STS 104/2020, de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2020:104, FD 2.2]. En términos análogos, por ejemplo: STS 1465/2009, de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:1465, FD 3; STS 1893/2009, de 16 de abril, ECLI:ES:TS:2009:1893, FD 2. Ver: J. BATALLER GRAU, V. CUÑAT EDO, “Art. 20. El devengo de intereses” en J. BATALLER GRAU, J. BOQUERA MATARREDONA, J. OLAVARRÍA IGLESIA, *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2013, párrafos 20.69-20.135.

En la medida en que esta situación se podría evitar mediante la aplicación de la cláusula de escape prevista en su artículo 4(3) del Reglamento Roma II, parece que éste ofrece una mejor regulación de la responsabilidad civil derivada de un accidente internacional de tráfico que el Convenio de La Haya.

29. Determinada la aplicación de la ley española a la responsabilidad civil derivada del accidente respecto a una de las víctimas, el Tribunal Supremo enmienda la posición adoptada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena y la Audiencia Provincial de Murcia al considerar que la duda sobre qué ley debe regir la responsabilidad derivada del accidente de tráfico no es una causa que conlleve la inexistencia de mora por parte del asegurador.

Teniendo por objeto impedir que las compañías aseguradoras puedan escudarse en la existencia de dudas sobre la ley que debe regir la responsabilidad para evitar demoras abusivas en el abono de las correspondientes indemnizaciones, esta posición del alto tribunal resulta idónea tanto para supuestos íntegramente domésticos, como para supuestos internacionales en los que resulte evidente qué ley debe regir la responsabilidad. Sin embargo, para supuestos complejos en que existan varias leyes potencialmente aplicables y una de ellas sea la española, será necesario aclarar conforme a cuál de dichas leyes debe la compañía aseguradora liquidar o consignar la indemnización para evitar incurrir en mora conforme al artículo 20 de la LCS si resulta finalmente aplicable la ley española.

En esta situación, a falta de una solución clara por parte del Tribunal Supremo, cabrían tres posibilidades:

Dado que una de las leyes potencialmente aplicables es la española, liquidar o consignar la indemnización siempre conforme a la ley española para evitar que, de resultar ésta aplicable, se pueda aplicar el régimen previsto en el artículo 20 de la LCS.

Dado que existen varias leyes potencialmente aplicables, liquidar o consignar la indemnización conforme a aquella ley que fije la cuantía de indemnización mayor. En este supuesto, en caso de no resultar finalmente aplicable dicha ley, el perjudicado debería reintegrar a la compañía la diferencia entre la cuantía liquidada o consignada y la que finalmente resultara exigible conforme a la ley efectivamente aplicable a la responsabilidad.

Y, por último, en sentido contrario a la anterior, liquidar o consignar la indemnización conforme a aquella ley que fija la indemnización de menor cuantía. En este supuesto, en caso de no resultar finalmente aplicable dicha ley, la compañía aseguradora se vería obligada a abonar al perjudicado la diferencia existente entre la cuantía liquidada o consignada y la que resultara exigible conforme a la ley finalmente aplicable a la responsabilidad.

CONTRACTUAL PERFORMANCE BY A THIRD PARTY
GOVERNED BY LEX CONTRACTUS
AND THE EFFECTIVENESS OF AVOIDANCE ACTION
IN INSOLVENCY PROCEEDINGS: NOTE TO THE JUDGEMENT
OF THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION,
APRIL 22 2021, C-73/20

ESECUZIONE CONTRATTUALE DA PARTE DI UN TERZO
REGOLATA DALLA LEX CONTRACTUS ED EFFICACIA
DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO NELLE PROCEDURE
DI INSOLVENZA: NOTA ALLA SENTENZA DELLA CORTE
DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA,
22 APRILE 2021, C-73/20

PHUONG THAO PHAN

PhD Student

Università degli Studi di Torino/ Université de Lorraine

Recibido:19.07.2021 / Aceptado :11.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6721>

Abstract: Upon a request for a preliminary ruling on the articulation between Article 13 of the European Insolvency Regulation n° 1346/2000 and Article 12(1)(b) of Rome I Regulation, the Court of Justice of European Union has confirmed in a decision on April 22, 2021 that a payment made in performance of a contract by a third party is subjected to the law applicable to that contract and not to the law of the Member State opening the insolvency proceedings where the payment is challenged by an avoidance action. The decision raises some reflections on the correlation between the European Insolvency and Rome I Regulations as well as the effectiveness of avoidance action in insolvency proceedings.

Keywords: insolvency proceedings, acts detrimental to all the creditors, act subject to the law of a member state other than the state of the opening of proceedings, conflict of laws, law applicable to contractual obligations, performance of the obligations arising from the contract, payment made in performance of a contract subject to the law of a Member State other than the State of the opening of proceedings, performance by a third party, action for repayment of that payment in insolvency proceedings, law applicable to that payment.

Riassunto: Su una domanda di pronuncia pregiudiziale sull'articolazione tra l'articolo 13 del Regolamento Europeo d'Insolvenza n° 1346/2000 e l'articolo 12(1)(b) del Regolamento Roma I, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha confermato in una decisione del 22 aprile 2021 che un pagamento effettuato in esecuzione di un contratto da un terzo è soggetto alla legge applicabile a tale contratto e non alla legge dello Stato membro che apre la procedura d'insolvenza quando il pagamento è impugnato con un'azione di annullamento. La decisione solleva alcune riflessioni sulla correlazione tra il regolamento europeo d'insolvenza e il regolamento Roma I, nonché sull'efficacia dell'azione di annullamento nelle procedure d'insolvenza.

Parole chiave: I procedure di insolvenza, atti pregiudizievoli per la massa dei creditori, atto soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura della procedura di insolvenza, conflitto di leggi, legge applicabile agli obblighi contrattuali, esecuzione delle obbligazioni che discendono da quest'ultimo, pagamento effettuato in esecuzione di un contratto soggetto alla legge di uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura della procedura di insolvenza, esecuzione da parte di un terzo, azione di restituzione del pagamento nell'ambito di una procedura di insolvenza, legge applicabile al pagamento medesimo.

Summary: I. Facts. II. Issue. III. Ruling. IV. Reflections on the commented decision. 1. Uniform interpretation of Article 13 EIR N°1346/2000. 2. Clarification on the scope of *lex contractus*. 3. Existence of fraudulent manipulations and the effectiveness of avoidance action in insolvency proceedings

I. Facts

1. The facts of the commented decision ruled by the First Chamber of the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) on 22 April 2021 are summarized as follows:

A German company (“Tankfracht”) concluded a contract with a Dutch company (“E.A. Frerichs”). It was agreed that the contract is governed by Dutch law. On 9 November 2010, Oeltrans, a German company that belonged to the same group as Tankfracht, made a payment to the Dutch company in performance of the above-mentioned contract. On 29 April 2011, insolvency proceedings were opened against Oeltrans. The liquidator of Oeltrans (“Zm”) sought to challenge the payment to the Dutch company as voidable under German law of detrimental acts. The Regional Court in Germany granted the liquidator’s application. The Dutch company filed an objection, on the basis of German law, that the application was time-barred. The appeal court followed this reasoning and dismissed the application of the liquidator.

Finally, an appeal on a point of law (*Revision*) to reinstate the decision of the regional court was brought before the Federal Court of Justice.

II. Issue

2. In general, *lex fori concursus*, the law of the State where the insolvency proceeding was opened, determines the rules relating to the voidness, voidability or unenforceability of detrimental acts to all the creditors (Article 4(2)(m) of European Insolvency Regulation (“EIR”) N° 1346/2000¹ becoming Article 7(2)(m) of EIR N° 2015/848²). Since the insolvency proceedings against Oeltrans were opened in Germany, to the liquidator’s action should be examined under the law of this state. Therefore, the payment made by Oeltrans is voidable.

However, the principle of Article 4 does not apply to the situation where the party benefited from the detrimental act can prove that the act is subject to the law of another Member State (1), and it cannot be challenged under that Member State’s law (Article 13 of the EIR N°1346/2000 - today Article 16 of the EIR N° 2015/848). E.A. Frerichs relied on Article 13 and submitted the proof to argue that the payment in challenge must be assessed under Dutch law and consequently, it is not voidable. Under the

¹ Council Regulation (EC) N° 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30.6.2000, p.9, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2000/1346/oj>.

² Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5.6.2015, p.33, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/848/oj>.

Rome I Regulation³, the contract between Tankfracht and E.A. Frerichs is governed by Dutch law. The law applicable to a contract shall govern the performance of the contractual obligations made by parties (Article 12(1)(b) of the Rome I Regulation).

The question arose in this case is whether the payment made by a third party in performance of a contractual obligation is governed by the law applicable to the contract (*lex contractus*) or by the law governing the insolvency proceedings where that payment is challenged by an avoidance action.

III. Ruling

3. The Court first recalled the principle of Article 4(1) EIR N°1346/2000 and its exception provided in Article 13 of the same Regulation. The interpretation of this exception has been clarified in the judgment of 16 April 2015, *Lutz*⁴. As an important exception to the universal scope of the main insolvency proceedings, Article 13 can only be used as a final defense if the person profiting from a detrimental act presents the proof that meets its two conditions as mentioned previously.

4. The Court also confirmed that Articles 4 and 13 of Regulation N°1346/2000 constitute a *lex specialis* in relation to the Rome I Regulation and did highlight that they must be interpreted strictly in accordance with the objectives pursued by their originating Regulation by referring to the recital 24 in its preamble. One of which is to protect legitimate expectations and the certainty of transactions in the Member States other than the States in which proceedings are opened. The same guideline for the interpretation of Article 13 is confirmed in other judgments of the Court of Justice (see the judgment of 15 October 2015, *Nike European Operations Netherlands*⁵).

5. In the case *Vinyls Italia*, it is stated that parties have the freedom to choose an applicable law to their contract at the moment of its conclusion. It is legitimate for them to have expectations that the contract and its performance will continue to be governed by that particular law, namely the *lex causae*, even in an event of insolvency⁶.

6. If a third party to the contract is asked to perform an obligation on behalf of a contracting party, then the Court accepted that this third party should profit the same protection for legitimate expectations on applicable law as the contracting ones, without going searching further the good faith or bad faith of the third party who is involved with the contractual relationship.

7. The Court opted to stand by the party who has benefited from a performance of the contract as this party cannot be reasonably required to foresee that an obligation of this contract will be executed by a third person and lately its contracting partner or the third person could become insolvent and anticipate the State where such proceedings could be opened⁷. *A contrario*, it seems more certain for them to foresee that the contract and its performance will continue to be governed by the same law chosen at the moment of conclusion.

8. In conclusion, the Court decided that the payment made by a third party in execution of a contractual obligation is governed by the law applicable to the contract (*lex contractus*) and not by the law governing the insolvency proceedings where that payment is challenged by an avoidance action.

³ Regulation (EC) N° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p.10, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

⁴ CJEU 16 April 2015, *Hermann Lutz v Elke Bäuerle*, C-557/13, EU:C:2015:227, §34.

⁵ CJEU 15 October 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, EU:C:2015:690, §18.

⁶ CJEU 8 June 2017, *Vinyls Italia SpA, in liquidation v Mediterranea di Navigazione SpA*, C-54/16, EU:C:2017:433, §30.

⁷ CJEU 22 April 2021, *ZM v E.A. Frerichs*, C-73/20, §33.

IV. Reflections on the commented decision

1. Uniform interpretation of Article 13 EIR N°1346/2000

9. The fact that the judges have given the ruling without asking for the opinion of the Advocate General could imply that, in this case, the preliminary question contains no new point of the law.⁸ The answer of the Court to this question could be “foreseen” by analyzing the case-law of the Court.

10. The Court of Justice has adopted a uniform interpretation of Article 13 since the case *Lutz*, to protect those who have benefited from acts detrimental to all the creditors, from the risk of insolvency proceedings being opened in a State other than the one in which the rules applicable to their claims originate.

11. As submitted by the Portuguese Government and the European Commission in their written observations, “a contrary interpretation of Article 13 would undermine the effectiveness of that provision and would run counter to its purpose”⁹.

However, it is still questionable whether Article 13 should be applied in the case *Vinyls* where such risk does not exist because the contractual parties are domiciled in the same state. The only foreign element that could explain the application of the EIR is the choice of a foreign law (English law) governing the contract between the parties¹⁰. The exit of the United Kingdom from the European Union has a direct impact on similar situations where English law is chosen as governing law because the EIR will no longer apply and then Article 13 could not be used as a shield for beneficiary parties¹¹.

2. Clarification on the scope of *lex contractus*

12. The commented decision has clarified the scope of the law applicable to a contract according to Article 12(1) of the Rome I Regulation.

The Court considered that an effective contractual performance by a third party is part of the concept of ‘performance’ of the contract and therefore falls within the scope of the *lex contractus*. Indeed, as noted in the Giuliano-Lagarde report, the word ‘performance’ at the point b of this article also covers the extent to which the obligation can be performed by a person other than the party liable¹². In principle, contracts establish rights and obligations with effect between contractual parties, unless otherwise agreed in the contract (e.g., contract for the benefit of a third party). However, obligations can be performed by a third party if there is no contractual clause in place demanding the performance of obligations by a contractor alone. In the present case, it is admitted that the payment of an amount of money to a party is not necessarily performed by the other one. The decision of the Court illustrates once more an exception to the principle of relativity of the contract’s effects.

Although the case does not specify whether a contract existed between the two companies in the same group, Oeltrans and Tankfracht, to justify the payment on behalf of the latter to E.A. Frerichs, the avoidance action of the liquidator of Oeltrans to challenge a payment during the twilight zone period could raise the question about the existence of fraudulent elements.

⁸ Article 20(5) of the CJEU Statute provides that ‘When it considers that the case raises no new point of law, the Court may decide, after hearing the Advocate General, that the case shall be determined without a submission from the Advocate General’.

⁹ Note 7, §34.

¹⁰ F. JAULT-SESEKE, *Mise en œuvre de l’article 13 du Règlement Insolvabilité*, Revue critique de droit international privé, 2017/4 N°4, Dalloz, pages 594 to 602.

¹¹ G. DE FALCO, *Brexit impact on insolvency avoidance actions under Italian law*, Insolvency and Restructuring International, Vol 14. N° 2, September 2020.

¹² M. GIULIANO/P.LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, OJ C 282, 31/10/1980, p. 32.

3. Existence of fraudulent manipulations and the effectiveness of avoidance action in insolvency proceedings

13. One of the other issues raised in this case is whether such interpretation of Article 13 could encourage fraudulent manipulations by contractual parties in detriment to their creditors. For example, the parties could choose in their favor a law governing the contract which does not allow the creditor to challenge the contract late. It seems unfair to let a *mala fide* third party profit the same protection for a *bona fide* contractual party.

14. In conclusion, Article 13 was reported as necessary to protect legitimate expectations of the parties regarding the regime applicable to their legal relationship¹³. However, its application shows that a broad interpretation of this article would reduce the chances of successful avoidance actions in insolvency proceedings because “the legal system which least favors avoidance rights will take precedence”¹⁴. The combination of Articles 4(2)(m) and 13 in Regulation N°1346/2000¹⁵ could be interpreted as a double avoidance rule as a transaction detrimental to the general body of creditors can only be challenged in a cross-border insolvency proceeding if this act is deemed as void, voidable or unenforceable by both the *lex concursus* and the *lex causae*¹⁶.

¹³ B. HESS/P. OBERHAMMER/T.PFEIFFER, , *European Insolvency Law: the Heidelberg-Luxembourg-Vienna report on the application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings* (external evaluation JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4), 2014, p. 213.

¹⁴ D. F. FRITZ, Harmonization of insolvency law at EU level: Avoidance actions and rules on contracts, retrievable as document No. PE 432.767 under https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/432767/IPOL-JURI_NT%282011%29432767_EN.pdf, 2011.

¹⁵ Articles 7(m)(2) and 16 in Regulation N°2015/848.

¹⁶ G. MCCORMACK, *The European Restructuring Directive, Elgar Corporate and Insolvency Law and Practice series*, , 2021, p. 144.

LUGAR DE TRABAJO HABITUAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO
8.2 DEL REGLAMENTO ROMA I. COMENTARIO DE LA STJUE
DE 15 JULIO 2021, ASUNTOS ACUMULADOS C-152/20
Y C-218/20

COUNTRY IN WHICH OR FROM WHICH THE EMPLOYEE
CARRY OUT HER/HIS WORK IN THE LIGHT OF ARTICLE 8.2
REGULATION ROME I. COMMENTARY TO THE JUDGMENT
OF THE CJEU OF 15 JULY 2021, JOINED CASES C-152/20
AND C-218/20

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 15.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6722>

Resumen: La sentencia objeto de comentario responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial rumano que tiene que decidir, principalmente, la legislación aplicable al salario mínimo que deben recibir varios trabajadores rumanos. El Tribunal de Justicia contesta a dos asuntos acumulados en los que los empleados desarrollan su actividad laboral en un Estado distinto al del ordenamiento rector de la relación contractual. En virtud del artículo 8 del Reglamento Roma I, la ley aplicable al contrato de trabajo es la ley elegida por las partes -la ley rumana, en nuestro caso- y las disposiciones imperativas del ordenamiento que sería aplicable de no haber habido elección, siempre que éstas sean más protectoras para el trabajador. Este ordenamiento que sería aplicable si las partes no hubieran elegido la ley rumana como rectora de su relación contractual es el del Estado en el que el empleado realice habitualmente su trabajo (art. 8.2 RRI) -Italia y Alemania, en los dos asuntos acumulados-. En la STJUE, el órgano judicial europeo concluye que las disposiciones sobre salario mínimo pueden ser consideradas estipulaciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo, disposiciones imperativas, por tanto, y establece que es el órgano judicial remitente el que debe valorar si esta regulación del Estado en el que el trabajador desarrolla habitualmente su trabajo es más favorable para el empleado que la del Estado cuyo ordenamiento rige la relación laboral. En este caso, aquella debería ser la aplicable para la cuestión particular del salario mínimo, por esta razón de ser más protectora para el trabajador.

Palabras clave: contrato de trabajo internacional, lugar de trabajo habitual, disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo, salario mínimo

Abstract: The judgment in question is a response to questions referred for a preliminary ruling by a Romanian court which has to decide on the law applicable to the minimum wage to be paid to a number of Romanian workers. The Court of Justice answers two joined cases in which the employees work in a State other than that the State whose law is applied. Under Article 8 of the Rome I Regulation, the law applicable to the individual employment contract is the law chosen by the parties -Romanian law in our case- and the mandatory provisions of the law which would be applicable in the absence of choice,

provided that they are more protective to the employee. The law that would be applicable if the parties had not chosen Romanian law as the law governing their contractual relationship is that of the State in which the employee habitually carries out his work (Art. 8.2 IRR) -Italy and Germany, in the two joined cases. In the CJEU, the Court concludes that the provisions on minimum wages can be considered to be stipulations that cannot be excluded by agreement, mandatory provisions, therefore, and provides that it is up to the referring judicial body to assess whether this regulation of the State in which the employee habitually carries out his work is more favourable to the employee than that of the State whose law is applied. In this case, the latter should be the one applicable to the particular question of the minimum wage, since it is more protective of the employee.

Keywords: individual employment contract, country in which of from which employee habitually carry out her o his work, provisions which cannot be derogated from by agreement, minimum wage.

Sumario: I. Introducción; II. Hechos del caso; III. Problemas que plantea la sentencia; IV. Artículo 8 del Reglamento Roma I; 1. Contenido; 2. Interpretación; 3. Objetivo; V. Respuesta del Tribunal; 1. Lugar de trabajo habitual; 2. Disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo; 3. Disposiciones más protectoras para el trabajador; VI. Artículo 3 del Reglamento Roma I; VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia acerca de la ley aplicable a dos contratos de trabajo internacionales; uno, vinculado con Rumanía y con Italia, y otro, vinculado con Rumanía y Alemania.

La respuesta del Tribunal europeo lo es a las cuestiones prejudiciales planteadas en los dos asuntos. En uno de ellos, los demandantes reclaman que se aplique la normativa de salario mínimo italiana a su relación laboral, en virtud del artículo 8 del Reglamento Roma I -C-152/20-. En el otro, los trabajadores solicitan la aplicación de la regulación sobre salario mínimo de la ley alemana, también, en virtud del citado precepto del texto europeo -C-218/20-. Por su parte, la empresa demandada, en ambos casos, considera que, según el artículo 3 del Reglamento, la ley aplicable a todo el contrato y, por tanto, también a lo referente al salario mínimo, es la rumana.

2. Son dos los preceptos que interpreta el Tribunal de Justicia en el caso particular, el artículo 3 y el número 8, ambos, del Reglamento Roma I, así como, la relación que existe entre ellos¹.

El primero hace referencia a la autonomía de la voluntad como punto de conexión, y determina que la ley aplicable al contrato es la elegida por las partes. El segundo se ocupa de regular la normativa rectora del contrato de trabajo y, para ello, remite al artículo 3 como primera opción a tener en cuenta (art. 8.1). No obstante, el precepto también indica que la ley elegida por las partes -si la hay- no podrá impedir la aplicación de las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo de la normativa que sería aplicable de no haber habido esta elección de ley, siempre que sean más protectoras para el trabajador (art. 8.2).

A continuación, el artículo 8.2 recoge esa normativa aplicable en defecto de elección de ley, la del Estado “*en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente*”.

3. Las cuestiones prejudiciales las plantea el Tribunalul Mures -Tribunal de Distrito de Mures, Rumanía-, en ambos casos, y, con ellas, el órgano judicial remitente quiere conocer la interpretación del Tribunal europeo de estos preceptos mencionados en el parágrafo anterior, los artículos 3, 8.1 y 8.2, del Reglamento Roma I.

¹ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 julio 2008.

II. Hechos del caso

4. Según los datos de ambos casos, los trabajadores reclamantes son ciudadanos rumanos que prestan sus servicios para una compañía rumana. En los contratos de trabajo se indica que las cláusulas de los mismos se completan con las disposiciones de la Ley rumana nº 53/2003.

En el contrato del asunto C-152/20, además, se indica que *“los trabajos se [realizaban] (en la sección/taller/oficina/departamento) del garaje/lugar de ejercicio de la actividad/otro lugar de actividad de la empresa, en el municipio de Oradea (Rumanía) y de acuerdo con las delegaciones/desplazamientos a las oficinas o lugares de actividad de los clientes o de los proveedores presentes y futuros, a cualquier dirección del país o del extranjero en la que se requiera el vehículo utilizado por el empleado en el desempeño de sus tareas o cualquier otro lugar en el que el trabajador desarrolle la actividad de transporte”* (apartado 8).

En el contrato del asunto C-218/20, no se alude expresamente al lugar de trabajo del empleado.

5. En ambos casos, dos camioneros, en el primero de ellos mencionado, y uno en el segundo, a través del sindicato de trabajadores del transporte de Rumanía, interponen recurso ante el Tribunal de Mures solicitando que, en el primero, se les abone el salario mínimo previsto en la normativa italiana y, en el segundo, lo mismo regulado por la legislación alemana. Todo ello porque, en el asunto C-152/20, los demandantes consideran que su lugar habitual de trabajo es Italia y, en el asunto C-218/20, este lugar es Alemania. Solicitan la aplicación del artículo 8 del Reglamento Roma I y, en consecuencia, percibir el salario mínimo previsto en estos ordenamientos, italiano y alemán.

6. Los demandantes que alegan la aplicación de la normativa italiana en lo que se refiere al salario mínimo explican que, *“aunque estos contratos se celebraron en Rumanía, fue en Italia donde ejercieron habitualmente sus funciones. Afirman que el lugar desde el que realizaban sus misiones, desde el que recibían sus instrucciones y al regresaban al final de sus misiones se hallaba en Italia. Añaden que la mayor parte de sus tareas de transporte se realizaba en Italia”*. Aportan, también, la STJUE de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, C-29/10, para justificar su petición (apartado 10).

Por su parte, el sindicato al que se encuentra afiliado el trabajador del asunto C-218/20 indica que, aunque el contrato individual de trabajo se celebró en Rumanía, el lugar de trabajo habitual era Alemania. Y alega también la STJUE en el caso *Koelzsch*, antes mencionada (apartado 17).

III. Problemas que plantea la sentencia

7. Como se ha comentado antes, las cuestiones prejudiciales planteadas giran en torno a la interpretación de los artículos 3 y 8 del Reglamento Roma I.

8. Fundamentalmente son dos los problemas que resuelve la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Por un lado, sin entrar a cuestionar que el lugar de trabajo habitual es Italia y Alemania, en los dos casos enjuiciados, el órgano judicial europeo resuelve la cuestión de si la normativa sobre salario mínimo se puede considerar, o no, estipulaciones que no pueden quedar derogadas por acuerdo en virtud del artículo 8 del Reglamento Roma I.

9. Por otro lado, respecto del artículo 3, el Tribunal de Justicia se pronuncia en relación a si el hecho de que el empresario haya redactado la cláusula de elección de ley, y el trabajador se haya limitado a aceptarla, impide que concurra la autonomía de la voluntad como punto de conexión de determinación del ordenamiento rector de la relación jurídica.

IV. Artículo 8 del Reglamento Roma I

1. Contenido

10. El Reglamento 593/2008, de 17 junio 2008, es la norma europea aplicable a la determinación del ordenamiento rector de los contratos internacionales.

En los artículos 3 y 4 se establece el ordenamiento aplicable a las obligaciones contractuales generales, cubiertas por su ámbito de aplicación material.

En otros preceptos se ocupa de regular la ley aplicable a concretos contratos, aquellos que presentan una parte débil en la relación y que necesitan, por ello, de una especial protección, cuales son, los contratos de consumidores, de trabajo y de seguro. El artículo 8 es el precepto dedicado a los segundos, a los objeto de la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia comentada.

11. Según este artículo 8, “1. *El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.* 2. *En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.* 3. *Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.* 4. *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”².*

2. Interpretación

12. El legislador europeo elabora la regulación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo inspirándose en dos principios³. Por un lado, el principio de autonomía de la voluntad, que preside todos los contratos. Por otro, el principio subsidiario de la aplicación de la ley del lugar en el que se desarrolla la actividad laboral.

En relación con este último, el Reglamento Roma I, igual que hace el Convenio de Roma de 1980, apuesta por la territorialidad, al aplicar las mismas condiciones de trabajo a todos los trabajadores que desarrollan su actividad en el mismo Estado, evitando así el dumping social y fomentando la libre circulación de trabajadores y de servicios⁴.

² La cláusula de escape del artículo 8.4 concurriría en todos aquellos casos en los que exista un Estado que presente vínculos más estrechos con el contrato que el país al que remite el artículo 8.2 o el 8.3. Así, por ejemplo, la nacionalidad de ambas partes del mismo Estado, el domicilio de las dos en ese mismo país y la celebración del contrato de trabajo allí, podrían ser elementos que hicieran activar esta cláusula para aplicar la ley de ese Estado con el que la relación laboral podría presentar una mayor vinculación (J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 483).

³ G. PALAO MORENO, “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, en F. SALINAS MOLINA (dir.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 539; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 482.

⁴ M. CASADO ABAQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 243. *Id.*, también, en este sentido, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 482; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3391.

Yendo al precepto dedicado a los contratos individuales de trabajo, el Tribunal de Justicia indica que el artículo 6 del Convenio de Roma -artículo 8 del Reglamento Roma I- contiene una regla general, de aplicación amplia, por tanto, y una excepción, de aplicación estricta⁵. La primera es que la ley aplicable, en defecto de elección, debe ser la del país en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo (art. 8.2 RRI). La segunda es la que conduce a aplicar la legislación del Estado de establecimiento del empresario (art. 8.3 RRI)⁶.

La primera conexión, en defecto de la autonomía de la voluntad, la que remite a la *lex locus laboris*, es una conexión que responde al principio de previsibilidad que debe inspirar la elaboración de las normas de conflicto, al hacer coincidir ese lugar con el del foro -normalmente- y con el de la residencia habitual del trabajador⁷. Ésta es la principal conexión que analiza el Tribunal de Justicia europeo en el asunto comentado.

14. Centrándonos, por tanto, en el artículo 8.2 del Reglamento Roma I, el punto de conexión que determina la legislación aplicable al contrato individual de trabajo, en defecto de elección de ley, es el lugar en el que el trabajador “realice su trabajo habitualmente”.

Este lugar debe ser definido de modo amplio y de manera autónoma⁸. En este sentido, “44. De cuanto precede se desprende que el criterio contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma ha de aplicarse asimismo en un caso como el del litigio principal, en que el trabajador ejerce su actividad en más de un Estado contratante, cuando el órgano jurisdiccional que conoce del asunto pueda determinar con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo. 45 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citada en el apartado 39 de la presente sentencia, que resulta pertinente en el análisis del artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma, cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en que se realice habitualmente el trabajo

Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, DOUE L266, 9 octubre 1980

⁵ STJUE de 15 marzo 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151, apartados 42-43; STJUE de 15 diciembre 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartados 34 y 35; STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, apartado 32; STJUE de 15 diciembre 2011, C-384/10, *Navimer*, ECLI:EU:C:2011:842, apartado 35.

STJUE de 15 marzo 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151, apartado 43.: “Así pues, habida cuenta del objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, procede señalar que el criterio del país en que el trabajador «realice habitualmente su trabajo», contenido en el apartado 2, letra a), de éste, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador», previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debería aplicarse cuando el juez que conoce del asunto no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo”.

⁶ M. MIÑARRO YANINI, “Contrato internacional de trabajo y expatriados de Rynair: ¿Cuál es el lugar habitual de trabajo?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 146, noviembre 2017, p. 172; B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 64.

⁷ G. PALAO MORENO, “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, en F. SALINAS MOLINA (dir.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 551; M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 244; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 482.

Vid., también, STSJ de Asturias núm. 00230/2013, Sala de lo Social, 1 febrero 2013, FD Cuarto.

Vid., en relación a lo adecuado de esta conexión, R.M. MOURA RAMOS, *Da ley aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 915-917.

STJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551: “35. Según resulta del tenor y de la finalidad del artículo 6 del Convenio de Roma, el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *ICF*, C133/08, *Rec. p.* 19687, apartado 62).

⁸ STJUE de 15 marzo 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151, apartados 31 y 32 y 43.

Vid., también, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 483; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3390.

*debe interpretarse de modo amplio y entenderse en el sentido de que se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo*⁹.

15. Para concretar ese lugar habitual de trabajo, ese Estado con el que el trabajo tiene un *vínculo significativo*, en palabras del Tribunal de Justicia, se ha de tener en cuenta el conjunto de circunstancias que conforman la relación laboral¹⁰. La jurisprudencia europea muestra que los principales elementos de la situación jurídica que ha tenido en cuenta para determinar ese lugar de trabajo habitual son los seis siguientes¹¹: el lugar del que parte y al que posteriormente regresa el trabajador, lugar en el que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo, lugar en el que se encuentran las herramientas o medios de trabajo, lugar en el que el trabajador se relaciona con el empleador y organiza su jornada de trabajo, lugar en el que está obligado a residir el trabajador, según consta en el contrato, y lugar en el que el trabajador tiene un despacho u oficina.

Precisamente, en el asunto C-152/20, los demandantes afirman que Italia era el país desde el que realizaban sus misiones, desde el que recibían instrucciones, al que regresaban al final de sus misiones y en el que desarrollaban la mayor parte de sus tareas de transporte (apartado 10). Por su parte, en el caso C-218/20, el sindicato sostiene que Alemania era el país desde el que el trabajador realizaba sus tareas, desde el que recibía las instrucciones, en él se encontraban los camiones y en el que se realizaban las misiones de transporte (apartado 15).

16. En muchos casos, el lugar habitual de trabajo es de fácil determinación. En otros, todo lo contrario. Ejemplo de estos últimos podría mencionarse el de los trabajadores de compañías aeronáuticas, entre otros¹².

3. Objetivo

17. Los artículos 8.1 y 8.2 son preceptos cuyo objetivo es proteger al trabajador que realiza de forma habitual su trabajo en un determinado Estado, aplicándole, para ello, las disposiciones imperativas de ese Estado (apartado 26)¹³.

18. Igualmente, por analogía con las situaciones de prestación de servicios desplazadas amparadas por la Directiva 96/71, podrían considerarse objetivos del artículo 8 los mismos que tuvo en cuenta el legislador de la Directiva para aplicar, en su marco, las disposiciones imperativas del Estado en el que se encuentra desplazado el trabajador¹⁴.

⁹ STJUE de 15 marzo 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151. *Vid.*, también, STJUE de 15 diciembre 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, apartados 36 y 37

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3390.

¹¹ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos”, *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 488-494; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3390-3391.

¹² *Vid.*, en este sentido, M. MIÑARRO YANINI, “Contrato internacional de trabajo y expatriados de Rynair: ¿Cuál es el lugar habitual de trabajo?”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 146, noviembre 2017, pp. 169-178; P. JUÁREZ PÉREZ, “El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho Internacional Privado”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 372-407.

¹³ STJUE de 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774, apartado 48; STJUE de 15 marzo 2011, *Koelzsch*, C-29/10, EU:C:2011:151, apartado 42 (esta última sentencia, en el marco del Convenio de Roma de 1980); STSJ Islas Baleares, Sala de lo Social, Sección Primera, 1 junio 2017, ECLI:ES:TSJBAL:2017:470.

¹⁴ 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 L18, de 21 enero 1997.

Vid., en relación con la Directiva 96/71, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 69-91.

Así, “74 Esta disposición tiene por objeto, por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida, por las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas o por los convenios colectivos o los laudos arbitrales a que se refiere el artículo 3, apartado 8, de la Directiva 96/71, que constituyen disposiciones imperativas de protección mínima. 75 Por tanto, esta norma impide que, mediante una aplicación a sus trabajadores, en relación con estas materias, de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una competencia desleal hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado miembro de acogida. 76 Por otra parte, esta misma norma tiene por objeto asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínimas del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro. 77 El reconocimiento de tal protección mínima tiene como consecuencia, cuando el nivel de protección derivado de las condiciones de trabajo y empleo otorgado a los trabajadores desplazados en el Estado miembro de origen, en relación con las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, es inferior al nivel de protección mínima reconocido en el Estado miembro de acogida, que esos trabajadores puedan disfrutar de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado”¹⁵.

V. Respuesta del Tribunal de Justicia

19. En los casos en relación con los que se plantean las cuestiones prejudiciales, hay elección de ley. Las partes eligen el Derecho rumano. Si bien, como indica el primer párrafo del artículo 8, esa ley no puede impedir la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no haber habido elección, siempre que sean más favorables para el trabajador.

Recordamos que esa ley aplicable en defecto de elección viene determinada en el apartado 2 del precepto. Según dicho párrafo, el contrato se regirá por la ley del país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo. Este Estado es, en el caso C-152/20, Italia y, en el asunto C-218/20, Alemania.

En ambos ordenamientos, se alega que el salario mínimo es superior al establecido en el Derecho rumano. Por esta razón, los trabajadores solicitan que se les aplique la legislación más protectora, la de estos países, Italia y Alemania, en lugar del salario mínimo previsto en el ordenamiento rumano.

20. Para llegar a esta conclusión y, por tanto, considerar que los trabajadores tienen derecho al salario mínimo establecido en la legislación de Italia y en la de Alemania, se deben cumplir varios requisitos.

En primer lugar, estos países deben ser el lugar de desempeño habitual del trabajo. En segundo lugar, la regulación sobre salario mínimo deben ser disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo; disposiciones imperativas, por tanto (Considerando 35 Reglamento Roma I)¹⁶. Y, en tercer lugar, que la normativa sobre salario mínimo de Italia y Alemania sea más protectora para el trabajador que la prevista en el ordenamiento rumano.

1. Lugar de trabajo habitual

21. Respecto de lo primero, el Tribunal de Justicia no tiene dudas al respecto y no exige una mayor justificación de que el lugar de trabajo habitual de los ciudadanos rumanos es Italia y Alemania.

¹⁵ STJUE de 18 diciembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809.

¹⁶ *Id.*, también, en este sentido, STJUE de 12 febrero 2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, C396/13, EU:C:2015:86, apartado 30.

¹⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3388.

Todo ello, porque afirma que el órgano judicial remitente parece considerarlo así y, por tanto, no lo cuestiona (apartado 28).

22. El órgano judicial europeo indica que no hay información suficiente para saber si los trabajadores pueden ser considerados desplazados en el marco de la Directiva 96/71/CE o si ejercen habitualmente su trabajo en un país diferente al de la sede social del empresario, sin tener esa condición de trabajadores desplazados (apartado 21). Es el órgano judicial remitente el que debe comprobar esta circunstancia. El Tribunal de Justicia, por ello, resuelve las cuestiones planteadas ante él con base en el Reglamento Roma I (apartado 21)¹⁷.

2. Disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo

23. En relación con lo segundo, es necesario destacar que el carácter imperativo de las disposiciones debe ser interpretado de manera estricta¹⁸. De esta forma, se pone en valor la autonomía de la voluntad, como primera conexión, y se permite que despliegue todos sus efectos salvo en circunstancias excepcionales.

24. El Tribunal de Justicia alega la argumentación del Abogado General en los puntos 72 y 107 de sus Conclusiones, para considerar que la normativa sobre salario mínimo son estipulaciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en el sentido del artículo 8.2 del Reglamento Roma I.

En efecto, en el punto 72 de las Conclusiones, el Abogado General afirma que “*Sin ánimo de sustituir al tribunal de reenvío en esa apreciación, vistas las circunstancias que concurren en estos asuntos, estimo pertinente destacar que: En materia de contratos individuales de trabajo, el origen o la fuente de una regla no revelan necesariamente su carácter imperativo o dispositivo. Es posible que reglas imperativas se encuentren, además de en la ley propiamente dicha, en otros textos declarados de aplicación general, a los que se reconozca un valor equivalente.*(46); *Las normas relativas al salario mínimo sirven, en los Estados que cuentan con ellas, a la protección del trabajador y, por su propia naturaleza, no deben ser derogables por acuerdo entre las partes, en detrimento de aquel; Para los Estados miembros que se han dotado de reglas sobre salario mínimo, el carácter imperativo de estas se desprende, indirectamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a propósito del artículo 3 de la Directiva 96/71, cuyo objeto es asegurar a los trabajadores desplazados «el cumplimiento de un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima» (47) del Estado miembro de acogida; Entre esas disposiciones imperativas aplicables a ciertas condiciones de trabajo y empleo, se mencionaban, justamente, las cuantías de salario mínimo”.*

25. En relación con la consideración del salario mínimo como una cuestión imperativa y no derogable mediante acuerdo, el Tribunal de Justicia así lo afirma, si bien, en el marco del artículo 3 de la Directiva 96/71¹⁹. El Abogado General indica que, al margen de una prestación de servicios transnacional regulada por la Directiva 96/71, se puede entender que la regulación sobre salario mínimo es una estipulación que no puede derogarse mediante acuerdo, extrapolando esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia a estos casos.

¹⁷ Según el artículo 2.1 de la Directiva 96/71, el trabajador desplazado es aquel que, “*durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente*”. De los escasos hechos que aporta el supuesto al respecto, no se desprende que este sea el caso de los trabajadores que reclaman el pago del salario mínimo de Italia y Alemania.

¹⁸ STSJ de Asturias núm. 00230/2013, Sala de lo Social, 1 febrero 2013, FD Cuarto. Según esta sentencia, únicamente las disposiciones que supongan condiciones mínimas de trabajo podrán ser consideradas imperativas a estos efectos. En el ordenamiento español, estas estipulaciones serían las recogidas en el artículo 3 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 noviembre 1999). En el artículo 3.1.b) de esta Ley se encuentra enunciado el salario mínimo.

¹⁹ STJUE de 12 febrero 2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, C396/13, EU:C:2015:86, apartado 29; STJUE de 18 diciembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809, apartado 73.

Por esta razón, el órgano judicial europeo concluye que entre esas disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo, a la que hace referencia el artículo 8.2, “*pueden encontrarse, en principio, las normas relativas al salario mínimo*” (apartado 32)²⁰.

26. En nuestro caso no se plantea la duda del rango que debe tener la disposición imperativa para que deba aplicarse al supuesto. Sin embargo, esta cuestión sí se ha suscitado en el marco del Convenio de Roma de 1980, en virtud del cual, igual que ocurre con el actual Reglamento Roma I, no se exige que la estipulación que no pueda excluirse mediante acuerdo deba tener rango legal, reglamentario o cualquier otro.

La interpretación correcta, en este sentido, es entender que donde la ley no dice nada, no debe indicarse nada y, por ello, las disposiciones imperativas deben ser todas las que así se consideren, independientemente del rango que tengan²¹.

3. Disposiciones más protectoras para el trabajador

27. En tercer lugar, para comprobar si las disposiciones de salario mínimo de Italia y Alemania son más beneficiosas para los trabajadores implicados que las previstas en el Derecho rumano, el Tribunal de Justicia remite al órgano que plantea las cuestiones prejudiciales. Indica el Tribunal de Luxemburgo, que debe ser él el que determine si la protección ofrecida por la ley del país en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo es mayor que la brindada por la ley rumana, en lo que a salario mínimo se refiere. Si es así, deberá aplicar dicha normativa más protectora para el empleado²².

Lo anterior no obsta para que la ley elegida por las partes en el contrato de trabajo siga aplicándose al resto de cuestiones no sujetas a regulación imperativa en el Estado en el que el trabajador desempeña de manera habitual su trabajo²³. E, incluso, en este caso, también se aplicaría a estas cuestiones reguladas de manera imperativa siempre que fuera más protectora para el trabajador²⁴.

28. El Tribunal de Justicia en la sentencia objeto de comentario, como ya se ha mencionado, dispone que el órgano remitente es el que tiene que comparar ambas legislaciones y comprobar si las disposiciones sobre salario mínimo de los ordenamientos italiano y alemán son más beneficiosas para el trabajador que las mismas estipulaciones del Derecho rumano (apartado 27).

Efectivamente, las normas de conflicto tienen carácter imperativo (art. 12.6 CC) y, por ello, deben ser aplicadas de oficio por parte del órgano judicial que conozca del caso²⁵.

²⁰ Si alguna parte sostuviera que las disposiciones en cuestión no tienen carácter imperativo debería probarlo (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, 13 febrero 2006, FD Quinto, AS 2006\859) (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3388-3389).

²¹ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 272. Esta autora, por esta razón, critica la sentencia de la Cour de Cassation francesa, de 12 de noviembre de 2002 (RCDIP 2003, pp. 446-450), en la cual, según indica la profesora, el alto tribunal francés considera que un uso, imperativo, no puede ser considerado una *disposición legal imperativa* en el marco del Convenio de Roma de 1980, exigiendo, con ello, el rango legal para poder ser tenido en cuenta a estos efectos (M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 272).

²² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3389.

²³ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 54.

²⁴ Así lo afirma el Abogado General en sus Conclusiones. En el apartado 43 establece que “*Si las normas imperativas (en el sentido ya dicho) del ordenamiento que sería aplicable en ausencia de elección ofrecen al trabajador una protección mayor que las del ordenamiento escogido, prevalecerán sobre estas. La ley elegida seguirá siendo aplicable al resto de la relación contractual*”.

Vid., en este sentido, M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 241-242.

Vid., también, en relación con esto, STSJ de Asturias núm. 00230/2013, Sala de lo Social, 1 febrero 2013, FD Cuarto.

²⁵ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 288-294.

29. El artículo 8.1 está claramente inspirado en el principio de protección de la parte débil de la relación de trabajo, por esta razón se impone la aplicación de la normativa imperativa del Estado en el que el trabajador desarrolla su actividad cuando ésta sea más protectora para él²⁶.

30. En relación con la comparación entre ambas normativas, el legislador europeo no indica cómo ha de efectuarse, si artículo por artículo, institución por institución o regulación por regulación²⁷. La doctrina y la jurisprudencia se decantan por comparar la normativa existente en ambos países implicados, en relación con la cuestión litigiosa²⁸. Tal como hace el TJUE en el caso objeto de comentario, en el que invita a que el órgano judicial remitente compare la regulación italiana y alemana sobre salario mínimo con la prevista en el ordenamiento rumano (apartado 27).

VI. Artículo 3 RRI

31. El Tribunal de Justicia responde a una tercera cuestión prejudicial relativa a la validez de la elección de ley de ambas partes.

Se cuestiona, en este punto, si la regulación del contrato de trabajo por parte del Derecho rumano es una obligación impuesta por la Orden rumana nº 64/2003 o si, por el contrario, es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes (apartado 35).

Por otro lado, el órgano judicial europeo estudia si la inclusión de la cláusula de elección de la ley rumana en el contrato, inclusión realizada por el empleador, es necesariamente una imposición del empresario o puede seguir suponiendo un acuerdo entre las partes al respecto (apartado 35).

32. En relación con lo primero, el Gobierno rumano argumenta que la mencionada normativa nacional no obliga a las partes a elegir la ley rumana como rectora de su relación laboral. El órgano judicial remitente tiene dudas al respecto y por eso plantea la cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia remite al tribunal de distrito de Mures la investigación y la comprobación de este extremo (apartado 39).

33. Respecto de lo segundo, el artículo 3 del Reglamento Roma I es una norma de conflicto cuyo punto de conexión es la autonomía de la voluntad²⁹. Es la norma de conflicto, por tanto, que permite que las partes elijan la ley aplicable a su relación contractual.

²⁶ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 278; B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y traslado de trabajadores al extranjero. Régimen laboral y de Seguridad Social y cuestiones de competencia judicial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 54; J.L. IRIARTE ÁNGEL, "La precisión del lugar de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, p. 482.

²⁷ TJUE 12 septiembre 2013, C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551: "33. En efecto, otra interpretación sería contraria al objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, que es garantizar una protección adecuada al trabajador. A este respecto, del Informe sobre el Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales de los profesores Giuliano y Lagarde (DO 1980, C 282, p. 1), se desprende que dicho artículo fue concebido para proporcionar una regulación más apropiada en las materias en las que los intereses de una de las partes contratantes no se hallan en el mismo plano que los de la otra y garantizar [de ese modo] la protección adecuada de la parte que debe considerarse más débil social y económicamente en la relación contractual (véanse las sentencias, antes citadas, Koelzsch, apartados 40 y 42, y Voogsgeerd, apartado 35). 34 En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. [...]".

²⁸ *Id.*, también, STSJ de Asturias núm. 00230/2013, Sala de lo Social, 1 febrero 2013, FD Cuarto.

²⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato internacional de trabajo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3389; M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 280-288.

²⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato internacional de trabajo", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3389; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, de 9 diciembre 2014, FD Sexto, ECLI:ES:TSJM:2014:15671; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, 30 enero 2015, FD Vigésimoprimer, AS 2015\1075; STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25 junio 2014, FD Séptimo, ECLI:ES:TSJCAT:2014:7285.

²⁹ *Id.*, en relación con la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de trabajo, M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008; A.L. CALVO CARAVACA/J.

Esa elección puede realizarse de manera expresa o puede deducirse claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (art. 3.1 RRI).

34. La elección de ley implica que ambas partes están de acuerdo en que el ordenamiento rector de su relación contractual sea el elegido por ellas. Para confirmar la validez del consentimiento emitido en este sentido, el artículo 13 del Reglamento Roma I remite a la ley presuntamente elegida por las partes para regir el contrato.

35. En nuestro caso, con los datos que recoge la resolución judicial, todos los elementos de la relación laboral se sitúan en Rumanía, salvo el lugar habitual de trabajo. Este sería el elemento de extranjería que convierte a la relación laboral en un contrato de trabajo internacional. Teniendo en cuenta lo dicho, la ley elegida por las partes es la rumana y el ordenamiento aplicable a la validez del consentimiento también es este Derecho.

36. La cuestión que resuelve el Tribunal de Justicia, en relación con el artículo 3, tiene que ver con la posibilidad de que la determinación del Derecho rumano, como el aplicable al contrato individual de trabajo, sea una decisión unilateral del empresario. En este sentido, para algunos autores, el objetivo del artículo 8.1 del Reglamento Roma I es evitar que la elección de ley de las partes sea, en realidad, una imposición realizada por el empresario frente al trabajador³⁰.

37. La razón de esta sospecha se encuentra en que el contrato de trabajo lo redacta el empresario y se lo ofrece al trabajador para que lo firme. Por tanto, podría pensarse que la cláusula contractual de elección de ley no es un acuerdo entre ambas partes sino una decisión unilateral de la parte fuerte de la relación.

El Tribunal de Justicia concluye que la validez del acuerdo de elección de ley no se ve amenazada por el hecho de que sea una de las partes, incluso la fuerte en nuestro caso, la que redacte la cláusula y se la presente ya hecha a la otra parte para que la firme. El trabajador puede firmar el contrato y, con ello, podría estar aceptando y manifestando su acuerdo en relación con la elección de Derecho (apartado 40).

No obstante, en cualquier asunto se podría cuestionar la validez del consentimiento emitido por alguna de las partes contratantes, pero, en ningún caso, se dudaría del consentimiento por el sólo hecho de que la cláusula en cuestión haya sido redactada por una de las partes.

VII. Conclusiones

38. Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo. En esta ocasión, se considera que ha habido elección de ley aplicable y se plantea la aplicación de las disposiciones imperativas del Estado en el que el trabajador realiza de forma habitual su trabajo (art. 8 RRI).

39. Se trata de una resolución judicial relativamente sencilla, en la que los hechos mencionados no se cuestionan y en la que la mayoría de las cuestiones se dejan para que sean resueltas por el órgano judicial remitente.

40. Las únicas afirmaciones que realiza el Tribunal europeo son las dos que ya han sido mencionadas a lo largo del trabajo. Por un lado, establece que el salario mínimo se podría considerar que forma parte de las disposiciones imperativas del Estado cuya ley regiría el contrato de no haber habido elección de ley. Por otro, entiende que el hecho de que la cláusula de elección de ley aparezca en un

CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3387.

³⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 3386.

contrato redactado por el empresario no invalida la existencia de un acuerdo entre ambas partes en este sentido.

41. En relación con la aplicación de las disposiciones imperativas del lugar de trabajo habitual, es claramente una previsión protectora del trabajador y se considera una disposición adecuada, previsible y justa para los empleados.

Sin embargo, tenida en cuenta sin elección de ley, esto es, entendida como la conexión que determina la ley aplicable a la relación laboral, podría animar a la deslocalización empresarial y a igualar a la baja en los derechos de los trabajadores³¹. Así es, si la ley aplicable al contrato de trabajo es la ley del país en el que el empleado desarrolla habitualmente su actividad, el empresario podría tener la tentación de deslocalizar su producción y llevarla a aquellos lugares en los que las condiciones salariales y de seguridad de los trabajadores sean menores; como de hecho se hace en muchas ocasiones³². De esta manera, el empresario reduciría sus costes y, con ello, se vería motivado a seguir actuando en este sentido.

Esta práctica empresarial puede tener todo el reproche moral pero, legalmente, se está permitiendo, es más, legalmente se está animando a que esto ocurra.

42. En relación con lo segundo, es verdad que el hecho de que la cláusula de elección de ley haya sido redactada por una parte contratante no puede suponer, per se, que no haya voluntad de la otra parte respecto de su contenido. Sin embargo, en nuestro caso, como en otros en los que hay parte débil, cuando es el empresario el que redacta la cláusula deben tomarse algunas precauciones para asegurarse de que el trabajador, como parte débil de la relación, no emite su consentimiento libremente y firma la cláusula coaccionado o empujado por miedo a represalias.

En el caso de los contratos de trabajo, esas precauciones, que debe tomar el legislador en este tipo de relación con parte débil, se incorporan, no en relación con la elección de ley, que no se presume nula por la existencia de una parte que se encuentra en una posición de superioridad respecto de la otra, sino imponiendo la aplicación de las disposiciones imperativas del ordenamiento que sería aplicable en el caso de que no hubiera autonomía de la voluntad, siempre que sean más protectoras para el trabajador.

³¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional de trabajo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3391-3392.

³² https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/04/130426_bangladesh_colapso_ropa_debate_empresas_nm

RECONOCIMIENTO Y CAUSAS DE OPOSICIÓN AL
RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO ARBITRAL PANAMEÑO
¿“NO FIRME”? EN ESPAÑA: COMENTARIO DEL AUTO
Nº 176/2020 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CATALUÑA DE 10 DE MARZO DE 2021

RECOGNITION AND GROUNDS FOR REFUSAL OF A
PANAMANIAN “NON-FINAL”? ARBITRAL AWARD BEFORE
SPANISH COURTS: COMMENTS ON THE COURT ORDER
Nº176/2020 OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
OF CATALONIA OF 10 MARCH 2021

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTIN
Lecturer in Law/Research Fellow
UOC/Genova Business School

Recibido:17.11.2021 / Aceptado:23.12.2021
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6723>

Resumen: En este Auto del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) catalán se concede el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero dictado por el Tribunal Arbitral de Panamá en el año 2019, a favor de una empresa mejicana en contra de una empresa española, pero del que se alegaba que no se había declarado aún su firmeza ante los tribunales del país de la sede arbitral. La resolución es de especial interés por el recorrido que hace de las teorías jurisprudenciales consolidadas en la práctica al interpretar las causales de oposición existentes en la normativa internacional de aplicación al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esto es, de la Convención de Nueva York de 1958. Las más destacadas son las relacionadas con el orden público, la falta de firmeza del laudo, excesiva e indebida injerencia de los árbitros en las materias que eran arbitrables o no y la indebida extensión del Convenio arbitral a terceros no signatarios. Mostrando la tendencia de los TSJ en conceder el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en vez de denegarlos.

Palabras clave: laudo, arbitraje, internacional, reconocimiento, oposición, Panamá, CCI, Ley 60/2003, Convención de Nueva York 1958, Ley 29/2015, laudo no firme, anulación, orden público, extralimitación de laudo, *lex arbitri*, *lex causae*, formalidades, convenio arbitral.

Abstract: This Court Order rendered by the Superior Court of Justice of Catalonia rules in favor of the claimant bestowing the recognition of a foreign arbitral award decreed by the Panamanian Arbitral Court in 2019. However, the particularity of this arbitral award is founded in its legal nature. It was invoked by the defendant that the award was a non-final and therefore a non-binding award. In this resolution, this Spanish Superior Court explains with detail the grounds for refusal set out under the international rules on recognition and enforcement of foreign arbitral awards, *viz.*, the 1958 New York Convention as well as of developed Spanish precedents regarding the interpretation of these refusal grounds. Besides, it shows the recurrent tendency of the Spanish Superior Courts of Justice for recognizing arbitral awards, rather than denial.

Keywords: arbitral award, arbitration, international, recognition, grounds for refusal, Panamá, ICC, Act 60/2003, New York Convention 1958, Act 29/2015, non-final award, annulment, public policy, jurisdiction, *lex arbitri*, *lex causae*, formalities, arbitral agreement

Sumario: I. Introducción; II. Hechos destacables de la controversia en sede arbitral (Panamá) y sede judicial (España); III. Análisis de las causas de oposición invocadas; 1. Normativa aplicable; 2. Ausencia de firmeza de laudo en el Estado de origen: Artículo 5 apartado 1º letra e CNY 1958: 2.1. Ausencia de firmeza del laudo y procedimientos de reconocimiento: 2.2. La presunción de eficacia y obligatoriedad del laudo a la luz de la CNY 1958; 3. Extralimitación del laudo: cuatro causas: 3.1. Indebida extensión a terceros: valoración de la *lex arbitri* para determinar los efectos del laudo a terceros no signatarios del Convenio arbitral; 3.1.1. La doctrina de la “incorporación por actos de ejecución” de la Corte Suprema de Panamá como indicio de sumisión de terceros al Convenio arbitral; 3.1.2. *Lex arbitri*, ley del Convenio arbitral y *lex causae* elegida por las partes; 3.2. Materias no sometidas a arbitraje y no arbitrables; 3.2.1. *Lex arbitri* vs. ley aplicable al fondo del asunto; 3.2.2. Del FJ 6º: materias no incluidas en el Convenio arbitral; 3.2.3. Del FJ 7º y 8º: Del concepto de arbitrable, no sometido y no sujeto a arbitraje; 3.3. Renuncia al arbitraje o la invalidez del Convenio arbitral: invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria; 3.4. Materia penal no arbitrable: 4. La vulneración del orden público; IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El Auto nº 176 /2020 del Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de Cataluña, de 10 de marzo de 2021 (en lo sucesivo ATJS CAT nº176/2020)¹, se analiza por su desarrollo y análisis de las siete causas de oposición que se alegaban por la empresa demandada en contra del reconocimiento y exequatur de un laudo arbitral panameño. Causas tasadas () ofrecidas en la Convención de Nueva York de 1958 (CNY 1958)². El procedimiento arbitral del que conoce la Sala mediante la demanda de reconocimiento del laudo se inició en el año 2017 ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Panamá, y terminó en mayo del 2019³. El laudo arbitral obtenido en este procedimiento condenaba a una empresa española a tramitar los gastos de construcción de un túnel en México⁴.

2. De nuevo, otra resolución de un TSJ español de la misma Sala, concede el reconocimiento de un laudo, rechazando las siete causas de oposición invocadas por la demandada en el procedimiento. Causales que la Fiscalía si consideró por la presunta falta de firmeza del laudo con razón de un recurso de anulación que la empresa española interpuso ante la Sala 4ª de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá en agosto de 2020. Sin embargo, dicho recurso fue rechazado por ser “extemporáneo” a la luz del Derecho panameño. (septiembre 2020), la empresa española interpuso contra dicha resolución, un “recurso de reconsideración” al amparo de la Ley de Arbitraje de Panamá, aún pendiente de respuesta⁵.

¹ ATJS CAT nº 176/2021, de la Sala Civil y Penal, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2021, ECLI:ES:TSJCAT:2021:176A); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Otorgamiento del exequatur de un laudo CCI pronunciado en Panamá descartando siete causas de oposición (ATJS Cataluña CP 1ª 10 marzo 2021)”, 1 julio 2021, <https://fernandezrozas.com/2021/07/01/otorgamiento-del-exequatur-de-un-laudo-cci-pronunciado-en-panama-descartando-siete-causas-de-oposicion-atsj-cataluna-cp-1a-10-marzo-2021/>

² Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales españolas, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE nº 164, de 11 de julio de 1977 (*vid. infra* Sección III.1).

³ Según el ATJS nº176/2021, en su parte dispositiva, el laudo estaba complementado por *addendum* del 14 de agosto con referencia (arbitraje CCI nº22953/JPA).

⁴ *Vid., infra* apartado II.2

⁵ CIAR GLOBAL, “Un Amparo Admitido en Panamá Desata la Controversia en Arbitraje de FCC”, 13 de septiembre de 2021, disponible en: <https://ciarglobal.com/un-amparo-admitido-en-panama-desata-controversia-en-arbitraje-de-fcc/>; <https://www.prensa.com/judiciales/la-corte-admite-amparo-de-fcc-contras-una-decision-de-la-sala-iv-la-abogada-es-hermana-del-magistrado-fabrega/>

3. Debe mencionarse que en septiembre de este año 2021, en relación con la circunstancia comentada en el párrafo anterior, el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, siendo el encargado del procedimiento de ejecución del laudo, lo ha suspendido hasta que no se dilucide esta cuestión de su firmeza por la Corte Suprema de Panamá⁶.

II. Hechos destacables de la controversia en sede arbitral (Panamá) y judicial (España)

4. **El origen de la contienda.-** Las empresas involucradas, mejicanas y española, comenzaron sus relaciones comerciales en el año 2004. Entre la empresa mejicana que inicia el procedimiento, COATZACOALCOS S.A., y la española FCC existía un contrato con otra empresa mejicana de construcción, CAABSA. S.A. El contrato firmado en 2004 era un “Convenio de Consorcio Constructor” cuyo objeto era la colaboración, para estudiar y presentar juntas una oferta en la licitación de la construcción de las obras de infraestructura de un proyecto que se licitaba para construir un túnel en el Estado mejicano de Veracruz

Cuando a la empresa mejicana COATZACOALCOS S.A., le adjudicaron el túnel, otras empresas mejicanas, i.e.: CIMIFEX entraron en el consorcio y firmaron con FCC un “Acuerdo de socios” (1er acuerdo) para controlar una sociedad denominada CTC. Esta última sería la empresa constructora encargada de ejecutar la obra que las tres firmantes del “Convenio de Consorcio Constructor” (2do acuerdo) se comprometían a construir⁷.

5. **Las cláusulas del primer y segundo acuerdo.-** En el mismo “acuerdo de socios” se habían incluido dos cláusulas. La relativa a la jurisdicción muestra que cualquier controversia que pudiera nacer del “contrato de colaboración” (“convenio de consorcio constructor”) serían sometidas al arbitraje institucional de la CCI⁸, siguiendo lo dispuesto en su Reglamento CCI de Arbitraje, pero con sede en Panamá⁹. La cláusula importante era la de la ley aplicable, sometiendo de forma expresa, el fondo del contrato de colaboración y sus avatares, a la ley mejicana.

6. En el año 2007, todas estas empresas mencionadas, que participaban en el “Convenio de consorcio constructor” realizan otro contrato con COTUCO (3er acuerdo), concesionaria del túnel. Este contrato tenía como objeto la ingeniería y ejecución de obra con suministro de materiales, complementado por otro contrato (4to acuerdo), y modificado mediante convenio en 2010 y 2016. En el año 2014, se paraliza la construcción del túnel, y COTUCO interpone demanda contra el Estado mejicano de Veracruz, por los daños causados por la paralización de la construcción¹⁰. FCC al tener el control de la mayoría de las acciones sobre CTC, comienza la negociación con el gobierno de Veracruz y COTUCO. Todo ello terminó en un “memorándum de entendimiento”, que luego se sustituyó por otro memorándum más adelante.

7. **El proceso arbitral.-** Tras una serie de desavenencias judiciales en el Estado de Veracruz, y problemas por licitación de la obra (entre otros), las empresas mejicanas inician el proceso arbitral en

⁶ CIAR GLOBAL, “Suspendida ejecución en Barcelona del Laudo de empresas mejicanas contra FCC”, 20 de septiembre de 2021, disponible en: <https://ciarglobal.com/suspendida-ejecucion-en-barcelona-del-laudo-de-empresas-mexicanas-contr-fcc/>

⁷ La sociedad mejicana CTC es la empresa que construía el túnel. FCC y CIMIFEX (otra empresa mejicana) tienen un 70 por ciento del capital social, mientras que COATZACOALCOS el 30 % restante sobre CTC.

⁸ ATSNº176/2021, FJ 2, punto 1: “todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, serán resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento. La sede del arbitraje será en Panamá y el idioma utilizado el español” (en virtud del artículo 18 del mismo Reglamento en su versión de 2021, las partes pueden elegir el lugar de la sede).

⁹ Reglamento de Arbitraje de la CCI (versión española) disponible en: <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

¹⁰ El origen del conflicto se encontraba en una adjudicación que la empresa española ganó en el año 2015 para realizar la construcción marina de un túnel submarino. La adjudicación fue licitada por el gobierno mejicano de Veracruz. Sin embargo, ciertos cambios ocurridos en el proceso de construcción y reparto de los ingresos generaron un conflicto con dos constructoras mejicanas participantes mejicanas; https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/fcc-condena-tunel-submarino-mexico.html ; <https://www.carreteras-pa.com/noticias/fcc-enfrenta-demanda-por-tunel-de-coatzacoalcos-en-mexico/>

Panamá en el año 2017, en donde obtienen un laudo arbitral favorable en contra de FCC y la empresa mejicana CIMIFEX, en el año 2019 que, en principio puso final a la controversia. El organismo arbitral se declaró competente en la controversia dado que esta se había iniciado de aquellos aspectos que estaban sometidos a la competencia arbitral otorgada por las cláusulas del “Acuerdo de socios” y el “Convenio de Consorcio Constructor”. No obstante, el tribunal arbitral no se declaró competente sobre las demandadas COTUCO, CTC y VIALES. Pero sí condenaba al pago de unas cantidades económicas a la empresa española y CIMIFEX.

III. Análisis de las causas de oposición invocadas

1. Normativa aplicable

8. La normativa aplicable a este procedimiento de reconocimiento es la parte menos controvertida del mismo. De hecho, no se cuestionó por ninguna de las partes cuál era el instrumento jurídico que debe ser de aplicación al procedimiento de reconocimiento sustanciado ante el TSJ catalán.

9. El procedimiento de reconocimiento se sustancia ante la Sala de lo civil y penal del TSJ catalán, por ser el órgano judicial competente al tener su domicilio social en Barcelona la empresa española demandada¹¹. Se ajusta con ello a lo establecido en los procedimientos de reconocimiento y exequatur de laudos arbitrales extranjeros de conformidad con la normativa española e internacional de arbitraje, así como de las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica civil internacional (LCJCI)¹².

10. De acuerdo con la normativa española que regula el arbitraje, la Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (LA), en su artículo 46 apartado 2º se hace un reenvío a las normas de la CNY 1958, cuando el laudo que deba reconocerse sea un laudo internacional (artículo 3 LA). Con ello, la CNY 1958 se convierte en la norma de aplicación para las formalidades y las causales de oposición al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, como bien se conoce¹³. Todo ello, en defecto que no existiera otro instrumento jurídico internacional aplicable al caso que regulara los mismos aspectos entre los dos Estados, el Estado de origen del laudo y el Estado requerido o de destino del laudo, por el principio de “mayor favorabilidad”.

11. Las causales que establece la CNY 1958 para la denegación del reconocimiento de laudos arbitrales se pueden agrupar entre las que son comprobables de oficio y las que deben ser probadas de parte¹⁴. Con ello se diferencian los aspectos que se tienen que invocar por las partes sin tener la sede

¹¹ Artículo 8 apartado 6º de la Ley 60/2003 de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, nº 309, de 26 de diciembre de 2003) y artículo 73 apartado 1º letra c LOPJ; de forma exhaustiva sobre este aspecto, aunque no controvertido en el asunto, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, Bosch, 2017, pp. 148-176.

¹² Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE nº 182, de 31 de julio de 2015.

¹³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”, *CDT*, Vol. 8, Nº1, 2016, pp. 111-124, esp. p. 112; M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, Nº2, 2007, pp. 1682-1691, también disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1660/documento/art02.pdf?id=2160> ; Id. “El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº5, 2009, pp. 79-92; *AJPII* Nº6/2007, de 11 de junio de 2007 (ECLI: ES: JPII: 2007: 6º), FJ 2º; FJ 3 párrafo 3º del ATSJ nº 176/2020: “a partir de este marco normativo el auto de este tribunal 43/2020, de 24 de abril, con cita de otros anteriores (AATSJ 127/2011, de 17 de noviembre, nº 67/2014, de 15 de mayo y 172/2016, de 15 de diciembre) ha precisado lo siguiente en orden al enjuiciamiento que nos ocupa: (a) La LA 2003 realiza una remisión al CNY que, para España, tiene presencia y presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1º al adherirse al CNY, por instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 Julio 1977) que entró en vigor el 10 de agosto de 1977”.

¹⁴ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho del Comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1721-1833; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial Internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, , *Iustel*, 4ª ed., 2013, pp. 718-731; C. ESPLUGUES MOTA, “La aplicación del Convenio de Nueva York por parte de los tribunales españoles”, *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones*, t. 2, 2009 pp. 291-333; *Id.*, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales

judicial que entrar a valorarlos de los que sí debe la misma sede judicial hacer un control, aunque las partes lo hayan omitido. Se procede a analizar estas causales en las secciones posteriores.

2. Ausencia de firmeza del laudo arbitral en el Estado de origen y su relación con la anulación del laudo y la *lex arbitri*: el artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958

2.1. Ausencia de firmeza del laudo y procedimientos de reconocimiento

12. Uno de los motivos por los que la parte demandada se opone al reconocimiento del laudo y que el Ministerio Fiscal apoya en su capacidad para intervenir en estos procesos, atribuida por el artículo 54 apartado 6º de la LCJCI, es la falta de “firmeza” del laudo en el Estado de la sede arbitral o de origen.

13. Como se ha manifestado en la Sección anterior, a pesar de que el Ministerio Fiscal considera que es cierto que el laudo no tenía firmeza, la Sala estima que este particular no es óbice para conocer y admitir a trámite la demanda de reconocimiento, porque este hecho es respetuoso con la causal de oposición de la CNY 1958 contenida en el artículo 5 apartado 1º letra e¹⁵. Una causal que debe ser invocada de parte, pero que le corresponde al Tribunal de destino valorarlo a la luz del caso. Y lo que valora es que el laudo no había sido anulado.

14. Aquí se debe destacar que diferencia algo importante. Diferencia ambos procedimientos (exequatur y ejecución) y la situación del laudo, como del procedimiento arbitral y el de anulación sustanciado ante la sede arbitral¹⁶. Esto es que la falta de firmeza no se debe confundir con que no sea un laudo obligatorio para las partes¹⁷. Con ello, se evita que las partes invoquen la causal de falta de firmeza con cierto oportunismo procesal y/o de forma abusiva para que no sea reconocido donde debe producir de forma posterior sus efectos¹⁸.

El reconocimiento del laudo “en proceso de” poder ser anulado en el lugar de la sede arbitral o Estado de origen, no es lo mismo que su ejecución cuando el laudo si ha sido anulado en el país de la sede arbitral¹⁹. Esto es, que una cosa es su firmeza o no y su consideración como laudo anulado en un proceso de reconocimiento y otra diferente en un proceso de ejecución. Si el laudo se ha considerado firme y no ha sido anulado en el Estado de origen, habiendo cumplido con las formalidades de la *lex arbitri* o la ley de arbitraje de dicho Estado durante el procedimiento arbitral entonces si puede procederse a su ejecución²⁰.

extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del arbitraje en Europa?”, 2012, pp. 269-287 (pp. 9-12, versión online) disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37697062/Espana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arbitrales_extranjeros.pdf?1432199649=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEspana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arb.pdf&Expires=1636995671&Signature=F3wclFGtndaJ1cMzOnkTaj2oVAxTGHf~gJLiDAZDpAhw8uE9NywqNqU8BT651cnO~29w50F3MhpSLnSK98M6pCMNFHfTYx3-GNznWDH~q67KmfRlhgbTU5h4C2lhbJ7AYUEy6Rm1rDxn1zxDA-68r9RL2VCe2RAOnqKpCsC0RE-dOA2IN2k3s4GhqC8PuBHs8SZjgi~hsj3b2nr36itLqnu4IAe5WocsTbNjKNeoguyUScZRtHx5gKqoZfYWenS2PWQ4pcS142HBiZvnSWsVizjkJ7Sz~xOIG0zBlJuf23OfuiNNVugrJmy3LYJ6I~j2fETzP83xvh3jyYV3ETm~Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

¹⁵ FJ 4º ATSJ nº 176/2020, puntos 1 y 2; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, ... p. 729, que el autor considera que algunos la han llegado a considerar “facultativa”, y que debe ser probada, correspondiendo al órgano judicial ante el que se ha solicitado la ejecución valorar la prueba aportada.

¹⁶ F. CORDÓN MORENO, “Sobre la terminación por acuerdo de las partes del proceso de anulación del laudo contrario al orden público”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, Nº6, 2021, pp. 1-17, esp. pp. 4-5.

¹⁷ J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa del artículo V.1. E de la CNY: Comentario del Auto 3/2017, de 14 de febrero, dictado por el TSJM”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, vol. 32, 2018, pp. 109-131, p.124.

¹⁸ J. ALMOGUERA GARCÍA, “El oportunismo en la acción de anulación de laudo”, en C. JIMÉNEZ BLANCO DE CARRILLO ALBORNOZ, *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016, pp. 87-116.

¹⁹ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, pp. 519-520; E. VEGA BARRERA, “Anulación de laudos arbitrales: el orden público baila en un nuevo escenario en el TSJ de Madrid”, *Diario La Ley*, Nº 9041 (La Ley 11013/2017), Sección Tribuna, 2017, pp. 1-12, p. 1.

²⁰ AAP Madrid, Sección 19, 20 de julio de 2004, nº 6958/2004 (ECLI:ES:APM:2004:6958: A), FJ1º.

15. Se continúa así con la práctica jurisprudencial de los TSJ españoles de esta interpretación de la obligatoriedad y / o firmeza de los laudos extranjeros. En relación con el tenor literal del artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958, la ejecución de un laudo extranjero en el Estado de destino (requerido) no está sometida a su firmeza, sino a su “obligatoriedad”.

La normativa española de arbitraje que coincide en el planteamiento con –la ley de arbitraje panameña²¹, en sus artículos 44 y 45 otorga obligatoriedad y eficacia a los laudos sin ser firmes, pero que han acabado con el procedimiento arbitral en sede arbitral. De hecho, la jurisprudencia española ha realizado una interpretación mucho más detallada y fiel a la redacción de aquellas disposiciones de la CNY 1958 sobre estos motivos de oposición dependiendo de lo que se solicite sobre los laudos. En particular, si se compara con la jurisprudencia francesa como ejemplo, se ha perfilado por los tribunales españoles una lectura más coherente con el precepto y sus objetivos en cuando a los conceptos de laudo eficaz y laudo obligatorio y la problemática del reconocimiento y / o ejecución de los laudos anulados²².

16. En este caso se insiste que el recurso de anulación si fue rechazado por la Sala 4º de Negocios Generales de la Corte Suprema de Panamá. El laudo entonces no ha sido anulado, lo que se quería era declarar su no firmeza en sede judicial. Lo que no está todavía resuelto es el “recurso de reconsideración” sobre dicho fallo que no anuló el laudo, así como la solicitud de aclaración al amparo del artículo 207 de la Constitución de Panamá, en contra de lo establecido en el artículo 68 apartado 7º de la Ley de Arbitraje de Panamá que establece que contra las resoluciones de la Sala 4ª de Negocios Generales de la Corte Suprema²³.

2.2. La presunción de eficacia y obligatoriedad del laudo a la luz de la CNY 1958

17. La CNY 1958 parte de una presunción de eficacia, siempre y cuando la conceda eficacia y obligatoriedad al laudo²⁴. Otra diferente es la ley que eligieron para resolver el fondo del asunto () que fue invocada como aquella que resolvía los problemas de firmeza o no del laudo. Por último, se debe diferenciar la ley que regula el Convenio arbitral como un acuerdo independiente en el contrato²⁵.

18. A efectos de la aplicación de la CNY 1958 que un laudo arbitral no sea firme en el Estado de origen, no significa que no lo sea para este instrumento jurídico²⁶. Los laudos que no son obligatorios son aquellos considerados “interlocutorios” o “aparentes”. Siendo éstos, los que no deben ser reconocidos aplicando el artículo V apartado 1º letra e de la CNY 1958, en relación con el artículo VI, relativo a

²¹ *IBID.*, p. 123; un análisis sobre la normativa de arbitraje panameña, J. C. ARAÚZ RAMOS, *Constitucionalización y justicia constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Publicaciones UCM-prints (tesis doctoral inédita), 2014, disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/24527/1/T35113.pdf>, esp. pp. 232 y ss., en relación a como se tramita según la normativa panameña el recurso de anulación de laudos arbitrales dictados en Panamá, que en este Auto se pone de relieve por al parte demandada (FCC) y pp. 365 y ss, sobre las cuestiones constitucionales derivadas del recurso de anulación (dado que también se ha dado noticia en el epígrafe II de este aspecto).

²² *Cf.*, J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa...”, *loc. cit.*, p. 125.

²³ <https://ciarglobal.com/un-amparo-admitido-en-panama-desata-controversia-en-arbitraje-de-fcc/>

²⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc. cit.*; Como también fue invocado por la parte demandada en el ATSJ nº1/2019 de 12 de abril (ECLI:ES:TSJMU:2019:12 A); M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, pp. 518-519. También entendió el TSJ de Murcia que la firmeza o no es irrelevante a efectos de la homologación interna, porque el artículo V, apartado 1º, letra e, considera que se puede denegar el reconocimiento por los dos requisitos siguientes: 1. Si el laudo no fuera aun obligatorio para las partes; 2. Si hubiera sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que se dictó

²⁵ *Vid.* epígrafe II, *supra*; ATSJ nº176/2020, FJ5º, pto. 3; sobre este complejo particular; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº3, 2018, pp. 659-701, esp. pp. 685-687; A. RAJVEER, “Parties’ autonomy in international commercial arbitration”, *Int. J. of Scientific & Engineering Research Volume*, vol. 9, nº19, 2018, pp. 1204-1216; A. HENDERSON, “Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration: Unravelling the Laws of the Arbitration Process”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 204, pp. 886-910, *inter alia*.

²⁶ *IBID.* Y en la misma línea que la jurisprudencia de esta Sala, FJ 4º, pto. 3º; ATSJ 181/2021, Sala de lo civil y penal, de 22 de marzo 2021 (ECLI:ES:ATSJCAT:2021:181:A).

la firmeza en el momento procesal de la ejecución de los laudos arbitrales (realizando una interpretación teleológica y sistémica del sistema neoyorkino de reconocimiento y ejecución)²⁷.

19. Es cierto que esta causal de denegación se observa de las más controvertidas. Entre sus aspectos más controvertidos se encuentra su interpretación por los tribunales. La Doctrina lo que observa es que con su inclusión en la CNY 1958 se pretendía eliminar el “doble exequatur” que la Convención de Ginebra de 1927 permitía con su redacción²⁸.

20. En España, además, las normas procesales de reconocimiento y ejecución como Estado de destino o sede judicial, juegan un rol relevante en concordancia con lo anterior. Es necesario diferenciar la firmeza que se exige del laudo extranjero en el procedimiento de reconocimiento, de la firmeza que se exige de las resoluciones de tipo judicial a tener de lo dispuesto en la LCJCI²⁹.

Aunque la interpretación literal de esta causal se considera por gran parte de la Doctrina como una facultad otorgada para los jueces del Estado de destino (“sólo denegar el reconocimiento”), no todos los autores consideran que es correcto observarlo de esta forma. Hacerlo así puede dar lugar también a resoluciones de tipo arbitrario³⁰. No obstante, tal y como está redactada la norma procesal en la materia, debe entenderse que en este caso la Sala no lo considera como una facultad sino para diferenciar las exigencias que se requieren en el procedimiento de reconocimiento de los laudos en sede judicial y en cada uno de los momentos procesales y su naturaleza jurídica.

3. Extralimitación de laudo: cuatro causas relacionadas

21. De los FJ 5º al 9º del presente Auto, la Sala dedica a cada uno de ellos la contestación contra el desarrollo de varios motivos de oposición que se resumen en la extralimitación del laudo arbitral. Todos ellos en relación con el contenido del artículo 5 apartado 1º letra c y apartado 2 letras a y b y c de la CNY 1958.

3.1. Indebida extensión a terceros: valoración de la para determinar los efectos del laudo a terceros no signatarios del Convenio arbitral

22. El problema que se plantea aquí es quién es el demandado principal, si el Convenio arbitral se puede extender a terceros que no había firmado el acuerdo que incluía el convenio arbitral, dado que

²⁷ J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa...”, *loc.cit.*, p.124, con cita importante a la jurisprudencia del TS, STS 20 de julio de 2004 y p. 126: “La conclusión que parece desprenderse de la posición de la jurisprudencia francesa es que, en la medida que un laudo es una *sentencia de justicia internacional*, su “obligatoriedad” tiene un alcance global desde que se dicta, mientras que su “eficacia” tiene un alcance de ámbito territorial, y cuyos efectos se van desplegando una vez que la parte interesada solicita su reconocimiento en los distintos Estados”.

²⁸ Así puede ser consultado en la Guía de interpretación, *1958 New York Convention Guide* (UNCITRAL), “Article V (1)(e)”, disponible en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=622&opac_view=-1: “3. (...) *The drafters of the New York Convention abandoned the requirements of finality of the award, thereby putting an end to the mechanism of double exequatur while providing that the non-binding nature of the award could still constitute a valid ground for refusing recognition and enforcement.*”; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho del Comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1816-1820; M. GÓMEZ JENE, “Doble exequatur del laudo arbitral (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 21 de julio de 2011)”, *Revista de Arbitraje comercial e Inversiones*, vol. 5, Nº1, 2012, pp. 264-274, esp. pp. 267-270; J. ISCAR DE HOYOS, “La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero con fundamento en la causa del artículo V.1. ...”, *loc.cit.*; C. ESPLUGUES MOTA, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del...”, *loc.cit.* p. 9 (versión *online* del artículo).

²⁹ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, p. 520.

³⁰ Por ejemplo, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*, pp. 119-122, p. 122, “(...) el empleo del término “podrá” en el Artículo V del Convenio de Nueva York no es una puerta abierta a la discreción judicial”. De forma muy concreta, para laudos que sí han sido anulados en el Estado de origen o de la sede arbitral.

la empresa española tiene una participación mayoritaria de control sobre una de las empresas mejicanas demandadas, CIMIFEX (en concreto, el 2do acuerdo)³¹. Esto es, un problema de legitimidad pasiva y en base a qué ley debe hacerse tal extensión.

Se invoca la causal de oposición del Artículo V apartado 1, letra c y apartado 2 letra a de la CNY 1958 asimismo también en relación con las formalidades exigidas por el artículo IV de la CNY 1958 por considerar que se ha realizado por el tribunal arbitral una indebida extensión del Convenio arbitral a terceros no signatarios del mismo³².

23. La extensión a terceros no signatarios del Convenio arbitral tiene relación para poder ser analizada de forma correcta con autonomía de la voluntad y la relatividad de los contratos³³. El arbitraje comercial es un procedimiento que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, ratificado en el sometimiento expreso de las mismas al poder arbitral, corolario del Convenio arbitral³⁴. En estos casos, la autonomía de la voluntad se puede manifestar de forma diferente a la escrita mediante comportamientos que hagan prever que las partes no signatarias se han sometido de forma tácita al “Convenio arbitral”.

24. Sobre este particular, tanto la normativa panameña como la española de arbitraje se han adecuado a lo establecido en la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial internacional³⁵. En la misma se establece que la renuncia de cualquier parte involucrada en el proceso arbitral, aún no siendo signataria, pero con clara relación comercial con las signatarias, debe ser “inequívoca, expresa, clara y terminante”. Así se desprende de la jurisprudencia del TC español sobre este extremo³⁶. Esta jurisprudencia admite que los efectos del Convenio arbitral a terceros no signatarios son vinculantes, cuando el tercero haya estado vinculado a la ejecución del contrato y no haya dudas de la misma involucración (apartado 3.1.1). En este asunto, se recuerda esta jurisprudencia y doctrina de la “incorporación por actos de ejecución” a la luz de un criterio anti-formalista de la interpretación que debe hacerse del requisito del artículo II de la CNY 1958, en lo que “acuerdo por escrito” y su extensión a terceros significa³⁷.

25. Esta interpretación realizada por los tribunales sobre la causal establecida en el artículo V apartado 1º nace porque el CNY 1958 guarda silencio sobre ello. Siendo uno de los aspectos donde más problemas de interpretación surgen³⁸. Como manifestó GÓMEZ JENE en su análisis del asunto en el que se aplicó para determinar este particular, la doctrina francesa de “grupos de sociedades”³⁹. Un

³¹ *Vid supra* Epígrafe II.

³² AST de 4 marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2447 A); M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional: comentario al Auto del TSJ del País Vasco (Sala de lo Civil y penal), nº 277/2018, de 7 de noviembre de 2018”, *CDT*, vol. 11, Nº2, 2019, pp. 508-519.

³³ Artículo 1255 CC español y artículo 1106 CC panameño, Gaceta Oficial Digital (Panamá), 28 de agosto de 2007, <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25865/6168.pdf>

³⁴ STC 1/2018, de 18 de enero de 2018, nº34, de 7 de febrero de 2018, pp. 14701-14732, FJ Nº3; STC 176/1996, de 11 de noviembre de 1996.

³⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as adopted in 2006, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

³⁶ STC 1/2018, de 18 de enero de 2018, nº34, de 7 de febrero de 2018, pp. 14701-14732.

³⁷ ATSJ nº 51/2012 Sala de lo civil y penal, Cataluña, de 29 de marzo (ECLI:ES:ATJCAT:2012:103:A), FJ 2 y 3º, mencionando también la interpretación del párrafo 2º del artículo II CNY aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional de 7 de julio de 2006, que considera que las comunicaciones electrónicas, uso extendido de forma actual en el comercio internacional, hace que se interprete el requisito del artículo II de la CNY 1959 de forma extensiva a mecanismos que no se han recogido en esta norma, y que son medio aptos para probar que hubo acuerdo entre las partes, incluso no signatarias por no oponerse de forma clara y terminante al Convenio arbitral.

³⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio Arbitral en el Arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 14, 2006, pp. 14-28, p 16; M. GÓMEZ JENE, “El Convenio arbitral: *Status quo*”, *CDT*, vol. 9, Nº2, 2017, pp. 7-38, esp. pp. 21-25, p. 22, en línea tal jurisprudencia de los TSJ con la jurisprudencia del TJUE en relación al principio de la relatividad de los contratos (artículo 1257 CC); M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional...”.

³⁹ M. GÓMEZ JENE, “El Convenio arbitral:...” , *loc.cit.*; otro asunto interesante y relacionado con la legitimidad pasiva de terceros no signatarios del Convenio arbitral, M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La eficacia del acuerdo arbitral y su posible extensión subjetiva en supuestos de sociedades pertenecientes al mismo grupo: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 11º 29 abril

asunto que se puede traer a colación como la interpretación del autor porque tiene cierta similitud con el caso de Autos. CIMIFEX pertenecía al grupo de empresas de FCC, en grupos de empresa, –según esta doctrina jurisprudencial–, hay que atender a la jerarquía y estructura operacional, la participación “activa” de la sociedad no firmante del Convenio, y la intención común de las sociedades vinculadas de someterse a arbitraje.

3.1.1. La doctrina de la “incorporación por ejecución de actos” de la Corte Suprema de Panamá como indicio de sumisión a los terceros no signatarios del Convenio

26. Los tres indicios que manifiestan una sumisión al Convenio arbitral por terceros que no eran parte del acuerdo de la teoría de la “incorporación por ejecución de actos”, que puede decirse se ajustan al caso presente son los siguientes⁴⁰:

- i) Que los actos que realiza el tercero estén relacionados con la actividad comercial que ha dado lugar a la firma del Convenio arbitral;
- ii) Que el/los terceros/s haya/n participado en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene el Convenio arbitral (en el Auto se diferencia entre lo que es el Acuerdo de Socios y el Convenio de Consorcio Constructor);
- iii) Que había una voluntad común de signatarios y no signatarios de considerar al tercero como involucrado en el contrato que contiene la cláusula o compromiso arbitral.

3.1.2. *Lex arbitri*, ley del Convenio arbitral y *lex causae* elegida por las partes

27. Sobre las alegaciones de la demandada que debía haber sido aplicada la ley mejicana que gobernaba el contrato en vez de la se debe realizar una debida diferenciación entre la la ley que regula la validez del Convenio arbitral como acuerdo con autonomía propia y la ley aplicable al fondo del asunto. A pesar de que algunos autores si han considerado que en determinados casos se pueda hacer extensible la a la validez del convenio arbitral porque no es del todo certero que no existe relación entre ambas⁴¹.

Si se aplica la o de la sede, el artículo 16 de la panameña como de este procedimiento arbitral determina las formalidades del Convenio arbitral para que pueda ser considerado válido⁴². No obstante, la duda puede surgir, cuando las partes han elegido una ley en particular para resolver el fondo de la controversia. Esta duda se resume en si es la o la ley material que rige o gobierna el fondo del asunto la que debe ser aplicada para resolver este aspecto⁴³. Al margen habrá que tener en cuenta la ley que rige el

2021”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, N°8, 2021, pp. 1-18, esp. pp. 4-6.

⁴⁰ Interpretación que ofrece la Corte Suprema de Panamá según la Sala, FJ 5 pto 4; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Revista de arbitraje comericia y de inversiones*, vol. IX, N°2, 2016, pp. 581-697.

⁴¹ *Ibidem* (LINARES, p. 844) (SÁNCHEZ LORENZO, pp. 41-43, esp. p.43: “(...) en algunas legislaciones arbitrales, un principio tendente a favorecer tanto el negocio como la solución arbitral (principio *pro arbitratione*) ha propiciado la previsión de conexiones o leyes alternativas para determinar la validez del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia: ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, *la lex causae*, e incluso la *lex arbitri* (artículo 9 apartado 6 LA española; artículo 178 apartado 2° de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado)”.

⁴² Artículo 16 de la Ley panameña de 131, de 31 de diciembre de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición, G.O. 27449-C: “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya celebrado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”; artículo 9 apartado 3° LA española; J. C. ARAÚZ RAMOS, *Constitucionalización y justicia constitucional en el Arbitraje Comercial...*, *op.cit.* pp. 198-208.

⁴³ En particular, E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable”, , Vol. V, N°3, 2012, pp. 841-848; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, vol. LXI, N°1, 2009, pp. 39-74.FJ N° 5° pto 1. 3: “Aduce FCC que la legislación mejicana, “aplicable a la resolución de la controversia, y, por tanto, como derecho aplicable al convenio arbitral (...)”;

Convenio arbitral, especialmente si las partes se han sometido a un arbitraje de tipo institucional como era el caso (CCI) y han elegido la sede arbitral (Panamá).

28. Al haber elegido las partes la sede arbitral y el sometimiento al Reglamento CCI, esto tenía que haberse mencionado porque puede cambiar la solución que se hace en el Auto. Otra cosa es que el Reglamento CCI establezca o haga una remisión a la ley de la sede arbitral (la *lex arbitri*) para ser aplicada de forma directa sobre estos aspectos de legitimidad activa y pasiva del Convenio arbitral.

La *lex arbitri* o ley de arbitraje de la sede donde se ha llevado a cabo el procedimiento, en principio, cuando las partes han elegido ley material y la sede arbitral gobernaría otros aspectos de tipo procesal pero no sustantivo, lo que no debería es haberse aplicado de forma directa sin más análisis para valorar la validez del Convenio sobre terceros. Tampoco como alegaba la demandada se tenía que haber aplicado de forma directa la *lex arbitri* que gobierna, fundamentalmente, los derechos y obligaciones de las partes en la controversia, como se hubiera hecho en sede judicial si las partes hubieran determinado someter la controversia a la jurisdicción ordinaria (el principio de separabilidad que se establece también para las cláusulas de sumisión a tribunales)⁴⁴.

29. Ahora bien, en el Auto se observa que la Sala no niega que el fondo estaba regulado por la ley mejicana querida por las partes y establecida en el Convenio arbitral para que los árbitros resolvieran la controversia. Sin embargo, la Sala no determina esta diferencia hecha en el párrafo anterior de forma adecuada a nuestro parecer. No menciona el Reglamento CCI como ley vectora de las formalidades y validez del Convenio en relación con terceros y considera la visión ya superada que será la *lex arbitri* que rijan estos aspectos para saber si se ha realizado una extensión indebida o no, especialmente cuando las partes eligieron una en particular desconectada de la sede arbitral⁴⁵.

3.2. Materias no sometidas a arbitraje y no arbitrables (FJ 6^a y 7^o)

3.2.1. Del FJ 6^o: materias no incluidas en el Convenio arbitral

30. También se consideró que hubo una extralimitación antijurídica de los árbitros al entender que el Convenio arbitral comprendía determinadas controversias que surgieron entre las partes sin estar comprendidas en su alcance, en relación con el “Acuerdo de socios” y el “Convenio colaborador”⁴⁶.

31. La demanda arbitral para resolver la controversia nacida entre las partes se hizo extensiva a cualquier obligación de tipo contractual y extracontractual entre las partes, excluyendo únicamente aquellas cláusulas compromisorias de los contratos que estaban sujetos al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de la ciudad de México DF.

Si el Convenio se ha hecho extensible también al conocimiento de materias no contractuales, los árbitros pueden entrar a conocer de dichos actos de responsabilidad extracontractual relacionados con las obligaciones emanadas del acuerdo. No pudiendo entrar los tribunales a valorar el fondo del asunto, puesto que esa no es su misión en relación con el control del arbitraje

⁴⁴ Artículo 9 apartado 6^o LA española; “cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

⁴⁵ E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz ...”, pp. 843-845, esp. p. 843: “(...) El razonamiento es en extremo forzado, y en modo alguno puede ser asumible si se consideran adecuadamente al contenido y las diferencias que existe entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia (o); Derecho aplicable al procedimiento arbitral (o) y Derecho aplicable al convenio arbitral.”

⁴⁶ En particular, como se desprende del FJ 6^o del ATSJ n^o176/2020, de las reclamaciones 19 a 23 de la demanda arbitral, la 19 y 20 que se relacionaba con la supuesta ilicitud del comportamiento de FCC y CIFIMEX como accionistas mayoritarios de COTUCO, la concesionaria de la explotación

3.2.2. Del FJ 7º y el 8º: concepto de arbitrable, no sujeto y no sometido a arbitraje

32. El concepto de “arbitrable” también se trae a colación, siendo interesante su aproximación, muy cercana a lo que VIRGÓS SORIANO ha definido como aquellas materias que el legislador reserva a la competencia de las autoridades judiciales por razones de orden público, fijando los límites del arbitraje⁴⁷.

33. Este motivo de oposición también está vinculado al anterior (artículo V, apartado 1º letra c y apartado 2º letra a de la CNY 1958), aunque lo que se discute es si los árbitros habían hecho una incorrecta aplicación de la ley que resolvía el fondo del asunto, la ley mejicana. En particular, de la “Ley General de Sociedades mercantiles”. Se considera que los problemas relativos a la gestión de CTC, por parte de FCC estaba relacionado con los problemas o controversias derivadas de los Estatutos sociales. Si esto era así, entonces dicha materia no estaba sujeta a este proceso arbitral, no era una de las materias que se había sometido al arbitraje del caso.

34. No obstante, los árbitros si diferenciaron bien lo que el “Acuerdo de Socios” indicaba en relación con qué debía ser arbitrable y lo que la norma mejicana de Sociedades establecía en relación con las relaciones de control internas entre empresas del mismo grupo controladas por el socio mayoritario⁴⁸.

O de otra forma: que no se estima que se habían extralimitado en su facultad para resolver la controversia conociendo de aspectos que sólo la norma de sociedades puede resolver entre los grupos de empresas de la española. En este caso, sólo sirvió a los árbitros para determinar y diferenciar cuales eran los asuntos relativos del grupo de sociedades que se tenían que tener en cuenta para resolver la extensión del Convenio a estas empresas, y las materias que tenían relación con la infracción contractual alegada por la demandante. Desde estas líneas, se puede entender que era necesario acudir a la ley de sociedades mejicana para poder separarlo de la ley aplicable a la controversia contractual⁴⁹.

3.3. Renuncia al arbitraje o la posible ineficacia del Convenio arbitral (invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria).

35. Este motivo que está comprendido en la causal del artículo V, apartado 1º, letra c de la CNY, se alega por la demandada que tiene relación con un procedimiento que se había instado ante la jurisdicción ordinaria en el Estado de Veracruz relativos a materias no comprendidas en el Convenio arbitral. Procedimiento dilucidado con anterioridad al proceso arbitral, y con el que existía identidad objetiva y subjetiva⁵⁰.

36. Sin embargo, lo que se desprende es que hubo un error de forma dado que lo que se debía haber invocado a la luz del artículo V apartado 1º letra a y el artículo II de la CNY 1958, esto es, en consideración de la “invalidez sobrevenida de la cláusula compromisoria de arbitraje” y no la identidad objetiva y subjetiva de las partes. Lo alegado por la parte demandada en este caso descansaba en la renuncia al compromiso arbitral suscrito en el 2004 entre las partes, queriendo convertir con ello al “compromiso arbitral” en ineficaz, pero en sede judicial⁵¹.

⁴⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio Arbitral en...”, *loc.cit.*, p.27; apartado 3.4.

⁴⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial...”, pp.44-46.

⁴⁹ p. 45, como dice el autor, es importante deslindar el contenido y alcance material de la elección de por las partes de una También para saber si se sometieron a las normas de DIPr de tal para determinar la ley aplicable a las cuestiones no contractuales.

⁵⁰ Juicio de amparo n° 398/2015/I, seguido ante el Juez Noveno del Distrito de Veracruz, de 24 de abril de 2015, (n° de oficio: 13425). Información sobre dicho procedimiento: <http://transparencia.banobras.gob.mx/wp-content/uploads/2017/08/20150519-GALICIA-ABOGADOS-S.C.-JUICIO-DE-AMPARO-EXP-398-2015-1.pdf> ; acceso al exhorto en el asunto dilucidado ante el Juez Noveno del distrito de Veracruz; <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/wp-content/uploads/2015/pdfs/exhortos/Abril2015.pdf>

⁵¹ En relación con este particular, E. LINARES RODRÍGUEZ, “Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable...”, p.844.

3.4. Materia penal no arbitrable

37. El arbitraje tiene límites, y entre estos límites son la disposición o no de ciertas materias que tienen consideración de no ser arbitrables. Esta idea, en puridad, se condensa en que hay ciertas materias que sólo pueden ser conocidas y dilucidadas ante la autoridad judicial que representa el poder jurisdiccional de un Estado y sus límites soberanos.

Este aspecto está emparentado de nuevo con lo que se detalla en el apartado 4º, los límites que el orden público establece en los ordenamientos jurídicos y que el arbitraje debe respetar. Por ejemplo, como lo establece el artículo 4 de la panameña y que laudo reconoce como materias excluidas del control arbitral, entre estas “la responsabilidad penal individual”. Causal de oposición que se encuentra en el artículo V apartado 2º letra a de la CNY 1958: “*la falta de arbitrabilidad del objeto de la controversia*”.

38. Entre las materias que no son arbitrables son las penales. En el caso de Autos, la demandada hace alusión que hay hechos que tenían transcendencia penal o conductas que son presuntamente delictivas, y que se ponen de relieve en relación con el FJ 6º, que los árbitros habían conocido sin tener autoridad para hacerlo.

39. No parece según el escrutinio de la Sala, que los árbitros no diferenciaban bien aquellas conductas que podían ser consideradas delictivas, de aquellas que nacieron del incumplimiento de obligaciones contractuales que si estaban incluidas como materias arbitrables en el “compromiso arbitral”. Por ello, los árbitros no se excedieron en su competencia. Lo que sí que hacen los árbitros es establecer cuales son las consecuencias de aquellas conductas que considera han incumplido las demandadas de sus compromisos contractuales. Sin embargo, ni la empresa española ni la mejicana demandadas en este procedimiento de reconocimiento fueron condenadas por ningún hecho delictivo, porque no podían ser condenadas por ello, por ningún tribunal arbitral.

4. La vulneración del orden público

40. Para finalizar, la parte demandada considera que todas las causas que ofrece la CNY 1958 para oponerse al reconocimiento son a la vez una infracción del orden público. Es decir que todas las causales anteriores derivan finalmente en esta causal de oposición relativa al orden público. Podría considerarse como la madre de todas las causales de oposición en este Auto, que se resume como el ⁵².

41. La denegación del reconocimiento del laudo por violación o infracción del orden público viene dada por el artículo V apartado 2º letra b CNY 1958, como causal para oponerse al reconocimiento de un laudo arbitral extranjero ante los tribunales del Estado requerido o de destino, donde el laudo deberá desplegar efectos⁵³. Todo ello relacionado a su vez con el principio de “mínima intervención” de los órganos jurisdiccionales en el control de la validez de los requisitos o formalidades laudo arbitral, que se debe limitar al control de estos requisitos, pero no de enjuiciar el procedimiento arbitral ni hacer un nuevo juicio sobre el fondo del asunto⁵⁴.

⁵² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, p. 731, tiene sentido unificar ambas causales, en cuanto lo que se quiere es preservar un especial interés del Estado. La diferencia entre ambas causales no es baladí, ni sencilla, en cuanto a la arbitrabilidad o no de la controversia.

⁵³ C.M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequatur del laudo arbitral”, *CDT*, Vol. 13, Nº2, 2021, pp. 836-847; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº3, 2015, pp. 823-852.

⁵⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº1, 2016, pp. 13-44, esp. pp. 25-26, y pp. 34-38; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Tribunal Constitucional se pronuncia contra la doctrina del TSJ de Madrid fijando el ámbito del orden público y el deber de motivación en el sistema arbitral (STC 1º, 15 de febrero 2021)”, disponible en: <https://fernandezrozas.com/2021/02/18/el-tribunal-constitucional-se-pronuncia-contra-la-doctrina-del-tsj-de-madrid-fijando-el-ambito-del-orden-publico-y-deber-de-motivacion-en-el-sist->

42. De otra parte, habrá que diferenciar de forma correcta el concepto de orden público y su contenido; ¿qué orden público? O, ¿qué concepto de orden público se aplica en estos procedimientos?; ¿cuál es la vertiente del orden público que la demandada invoca en sus causas de oposición? No existe un concepto autónomo del orden público en la CNY 1958, o cómo debe interpretarse si se aplica este instrumento jurídico. Con ello, los tribunales del Estado requerido deben motivar sus resoluciones a la luz del concepto de orden público que se ofrece en su Estado⁵⁵. Este concepto de orden público puede o no coincidir con el orden público procesal o sustantivo de la sede donde tuvo lugar el arbitraje o el de la (Panamá)⁵⁶.

43. La Sala considera que para aclarar si existió dicha infracción al orden público en el procedimiento de reconocimiento (orden público procesal), hay que acogerse a la Doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el orden público desde sus inicios y extrapolarlo a la materia que aborda, —el arbitraje internacional—, en base a la interpretación del artículo 41 apartado 1º letra f de la LA que establece como la normativa internacional, la denegación del laudo por motivos de orden público⁵⁷.

En el caso particular, a la consideración del orden público y la anulación de laudos⁵⁸, considerando la reciente STC nº46/2020. Una STC que ha sido un antes y un después para el arbitraje. También vinculado con la jurisprudencia anterior en la materia dictada por la misma Sala, el ATSJ nº43/2020, de 24 de abril⁵⁹.

44. Para resumir la complejidad y alambicado de dicha doctrina del TC español se hace una clara y necesaria diferenciación entre lo que se considera el orden público (del conjunto de formalidades y principios del ordenamiento jurídico procesal español—infracciones al o el artículo 24 de la CE).

Y de otro lado, el orden público. Aquel que nace de la interpretación del conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y una época determinada. El orden público se convierte de esta forma en un corrector⁶⁰. En el caso de autos se hace referencia a ambas vertientes, el orden público procesal y el sustantivo⁶¹.

De otra parte, —a la luz de lo que un sector mayoritario de la Doctrina estima—, habrá que diferenciar entre el orden público interno y el internacional, e incluso el europeo, si se atiende a una her-

ema-arbitral-stc-1a-15-febrero-2021/ ; STC, Sala Primera, nº 17/2021, de 15 de febrero de 2021 nº69, de 22 de marzo de 2021, FJ 2; “(...) Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y de los derechos aplicables en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia (...)”; C. ESPLUGUES MOTA, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros...”, *loc.cit.*, p. 14.

⁵⁵ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, p. 524.

⁵⁶ M. RUBINO SAMMARTANO, “El arbitraje y el orden público”, vol. IX, Nº2, 2016, pp. 459-463, definido el orden público como el por su complejidad y la dificultad en definir sus límites, pp. 462-463.

⁵⁷ Al igual que la CNY 1958, pero para arbitrajes internos o cuando sea de aplicación la LA, el legislador español considera que puede ser motivo de oposición al reconocimiento y denegación de este, el hecho que se haya dictado en contra del orden público (art. 41 apartado 1º letra f); tampoco se encuentra en la normativa interna ninguna definición del orden público, siendo un concepto que ha sido analizado por la doctrina y la jurisprudencia de múltiples formas, E. VEGA BARRERA, “Anulación de laudos arbitrales...”, *loc.cit.*; C. JIMÉNEZ BLANCO DE CARRILLO ALBORNOZ, “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spanish Arbitration review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 8, 2010, pp. 73-95; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente...”, *loc.cit.*

⁵⁸ *Vid.* STC 46/2020, Sala Primera, de 15 de junio de 2020, BOE nº 196, de 18 de julio de 2020, pp. 53596-53610; R. HINOJOSA SEGOVIA, “El Tribunal Constitucional delimita el concepto de “Orden Público” en la anulación de los laudos arbitrales: Comentarios a la STC 46/2020, de 15 de junio”, *El notario del s. XXI*, Nº 93, disponible en: <https://biblioteca.abogacia.es/Record/Xebook1-35368/t/el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales-comentario-a-la-stc-46-2020-de-15-de-junio-rafael-hinojosa-segovia>; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (COORD.), *El proceso arbitral en España a la luz de la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, 2021; L. A. LÓPEZ ZAMORA, “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público”, *CDT*, Vol. 10, Nº2, 2018, pp. 516-535.

⁵⁹ ATSJ Cataluña nº 478/2020, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de abril de 2020, (ECLI:ES:TSJCAT: 2020: 478 A), FJ 5º.

⁶⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio* nº 2065, 2008, pp. 2351-2378.

⁶¹ ATSJ nº 176/2021, FJ 11, punto 3 (invocación por la parte demandada de infracción de orden público español procesal, artículo 24 CE) y puntos 4, 5, 6 y 7 (vulneración del orden público material).

menéutica de los principios jurídicos emanados del ordenamiento jurídico de la UE que influyen en el ordenamiento jurídico español⁶².

45. Lo que la Sala viene a decir en este FJ último de las causales de denegación invocadas y que coincide con la interpretación del artículo V apartado 2 letra b de la CNY 1958, ya ofrecida en jurisprudencia anterior, es que no se puede denegar el reconocimiento de un laudo en base a esta causal, porque la mera o aparente contrariedad del laudo con el orden público, no comporta una exclusión automática de su eficacia.

Esto es, que como se ha venido poniendo de relieve por la jurisprudencia española, el recurso al orden público como causal de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales, debe ser invocado de forma excepcional y no puede hacerse de forma estratégica o abusiva, permitiendo con ello un abuso procesal y una excesiva injerencia del poder jurisdiccional en el arbitraje, entrando a valorar aspectos de fondo que no le corresponde a los tribunales analizar ni hacer el doble juicio no querido por el legislador internacional ni el doméstico⁶³.

IV. Reflexiones finales

44. El ATJS nº 17672021 comentado no se aleja, en ninguno de sus aspectos relativos a las causales de oposición al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros ante los tribunales españoles, de la jurisprudencia anterior emanada por la misma Sala, el Alto Tribunal y el TC.

Es un Auto interesante que navega todas las causales de denegación y que, –de forma sucinta–, explica las teorías jurisprudenciales que han ido generándose sobre los puntos controvertidos y sombras que genera la interpretación de los silencios y no silencios de las disposiciones de la CNY 1958.

Por ello, las conclusiones más destacadas a las que se llega de este pronunciamiento del TSJ catalán son las siguientes:

45. *Sobre la firmeza y obligatoriedad de los laudos arbitrales y procesos de reconocimiento.* - La falta de no se constituye un motivo de razón para denegar el exequatur y el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Los laudos y procedimientos arbitrales que han cumplido con las formalidades exigidas determinadas en la CNY 1958, atendiendo a la del Estado de la sede arbitral y ponen fin al procedimiento arbitral son laudos que vinculan a las partes, sean laudos firmes o no, porque siguen siendo eficaces. No deben ser confundidos con la “obligatoriedad” del laudo. Habida cuenta que tanto el procedimiento de arbitraje que pone fin a la controversia y el procedimiento de solicitud de anulación arbitraje son diferentes.

Con ello se evita que se produzca un “doble exequatur”, querido por el legislador del sistema neoyorkino, cuando se reformó esta causal en el sistema de Ginebra de reconocimiento de laudos arbi-

⁶² Son numerosas las obras que hacen acopio del problemático concepto del orden público y sus vertientes, no sólo como causal de denegación de reconocimiento de laudos arbitrales, entre algunas de estas obras, pueden citarse, S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?, en N. BOUZA VIDAL, C. GARCÍA SEGURA, A.J. RODRIGO HERNÁNDEZ Y P. PAREJA ALCARAZ (COORDS.), Tecnos, 2015, pp. 146-181, esp. pp. 150-154; y en el arbitraje, M. RUBINO SAMMARTANO, “El arbitraje y el orden...”, p. 463; I. ESPINOSA SANABRIA, “La incidencia del orden público internacional en el arbitraje comercial internacional”, , 2020, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/38579/LA%20INCIDENCIA%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO%20INTERNACIONAL%20EN%20EL%20ARBITRAJE%20COMERCIAL%20INTERNACIONAL%20-%2020201506864.pdf?sequence=1>; J. M. SUÁREZ ROBLEDANO, “Hacia un concepto único del orden público en el arbitraje: la seguridad jurídica”, , vol. IX, Nº2, 2016, pp. 435-458, p. 441: “Pero, como los principios fundamentales del ordenamiento de la UE están contemplados, asimismo, en los ordenamientos internos de los Estados miembros, necesariamente esos principios y normas deberían formar parte del orden público europeo (...)”; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “and Private International Arbitration”, , vol. 12, Nº1, 2020, pp. 66-85; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional”, 2/2017, disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1306.pdf>; M. CASADO ABARQUERO, “Extensión del Convenio arbitral a terceros y orden público internacional: ...”, *loc.cit.*, pp.515 y ss; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”. p. 523.

⁶³ *Ibid* (CASTELLANOS RUIZ); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en...”, *loc.cit.*

trales de 1927. Este sistema anterior consideraba que si el laudo no había obtenido una declaración de ejecutividad en el país de origen de la sede del arbitraje, no se podía solicitar su reconocimiento en el Estado requerido. Vuelve, una vez más, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ catalán a recordar que este “doble exequatur” Y porque no es de aplicación el tenor literal del requisito de la firmeza establecido en el artículo 41 y siguientes de la LCJCI, reservado sólo a resoluciones judiciales (firmes).

En relación con los procesos de anulación del laudo en el Estado de origen si finalmente sus tribunales declarasen el laudo nulo, entonces habrá que diferenciar lo establecido en el artículo V, para los procesos de reconocimiento y lo establecido en el artículo VI, para los de ejecución del laudo. Diferenciación y precisión que deben realizarse para invocar las diferentes causales en el debido y oportuno momento procesal de forma correcta.

46. De la extensión de Convenio arbitral y sus efectos a terceros (*ratione personae*).- El Convenio arbitral (cláusula compromisoria) solo puede vincular a las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. No obstante, es posible hacer una extensión de sus efectos a terceros no signatarios. Un aspecto muy relevante que ni la CNY 1958 ni la normativa interna de arbitraje han aclarado en su articulado de forma expresa, pero que la jurisprudencia española del Alto Tribunal y de los TSJ han ido generando una suerte de doctrina que se manifiesta en este Auto, sin alejarse de la misma.

Esta doctrina considera que es posible la extensión a terceros no signatarios del Convenio arbitral cuando no haya duda de que hayan participado de forma directa en la ejecución de los actos del contrato u obligaciones contractuales que están vinculadas al Convenio arbitral. En base a la teoría de la “incorporación por ejecución de actos” que se muestra como la doctrina adecuada para despejar la duda de dicha participación de un tercero en la ejecución del contrato que incluye dicho compromiso arbitral. Siendo diferenciado de las obligaciones contractuales emanadas del contrato gobernadas por la *lex causae*.

47. Sobre la función de la *lex arbitri*, la ley que rige el Convenio arbitral y la ley que rige el fondo del asunto (*lex causae*).- La *lex arbitri* debe ser diferenciada de la ley aplicable al fondo del asunto que las partes, –ejerciendo su autonomía de la voluntad,– escogieron para resolver la/s controversia/s, y de la ley que regula el Convenio arbitral. Todas ellas con funciones diferenciadas. Aunque también es un aspecto controvertido, especialmente en aspectos como la nulidad o validez del compromiso arbitral, así como de la eficacia del laudo arbitral sobre terceros no signatarios del Convenio arbitral.

De otro lado, no está probado que la *lex arbitri* nunca tenga la capacidad de gobernar el Convenio arbitral como acuerdo independiente dentro del contrato donde se incluyó. Según la Doctrina esta controversia está superada o debería. Es cierto que tampoco la misión de los tribunales en el arbitraje no se corresponde como se conoce en resolver el fondo del asunto o entrar a valorar al mismo, sino tal como establece la CNY 1958 y la Ley Modelo de la UNCITRAL valorar que el laudo se dictó en cumplimiento de una serie de garantías y requisitos. Por ello, la diferencia y relaciones que puedan tener entre sí es necesaria para aclarar las funciones que cada una representa en sede arbitral y sede judicial y no dar lugar a una confusión que lidere en resoluciones poco respetuosas con la normativa internacional de arbitraje.

48. Sobre el concepto del orden público.- Por último, el recurso al orden público en sus dos vertientes, la procesal y sustantiva, debe ser analizado por la Salas de lo civil y penal de los TSJ de forma pormenorizada, como vienen realizando. Los TSJ suelen no otorgar el reconocimiento en caso de que existiera una flagrante infracción del orden público, pero no una mera o aparente contrariedad. Al no existir un concepto de orden público “autónomo” dado en la CNY 1958, los tribunales de destino se tienen que acoger al concepto de su jurisprudencia en particular.

Debe primar el respeto al orden público como recurso invocable con carácter excepcional y corrector, no debiendo invocarse como un resorte con el que se pueda de forma recurrente escapar de lo establecido en sede arbitral, queriendo hacer un doble juicio en sede judicial. Por ello, se ha reforzado aún más su interpretación a través de la reciente jurisprudencia constitucional, precisamente en materia de laudos anulados, considerando que pueden extralimitarse los tribunales de destino si entran a resolver el fondo del asunto en procedimientos arbitrales, cuando deniegan el reconocimiento de laudos arbitrales sobre la consideración que el fondo del asunto es contrario al orden público.

REBELDÍA ESTRATÉGICA Y RECONOCIMIENTO DE LAUDOS
ARBITRALES: COMENTARIO DEL AUTO 181/2021
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
DE 22 DE MARZO DE 2021

STRATEGIC DEFAULT AND RECOGNITION OF ARBITRAL
AWARDS: COMMENTS ON THE COURT ORDER 181/2021
OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF CATALONIA
(OF 22 MARCH 2021)

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTIN

Lecturer in Law/Research Fellow

UOC/Genova Business school

Recibido:17.11.2021 / Aceptado:23.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6724>

Resumen: El presente Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, concede el reconocimiento solicitado por la demandante, de dos laudos arbitrales dictados en 2018 por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania (“ICAC”) a favor de dos mercantiles ucranianas. Contra la demanda, la parte demandada (la empresa española) invocó en particular la falta de notificación debida del proceso arbitral, y que el laudo había sido dictado en rebeldía, mediante las causales de la Convención de Nueva York de 1958 en relación con este aspecto. Con ello consideraba la demandada que se estaba infringiendo su derecho procesal de defensa y como consecuencia el orden público procesal. El interés del Auto reside en el análisis que la Sala dedica a esta causal en relación con la situación de rebeldía estratégica de la demandada, a la luz de su comportamiento en sede arbitral y judicial.

Palabras clave: laudo arbitral extranjero, reconocimiento, *exequatur*, causas de oposición, Ucrania, Ley 60/2003, Ley 29/2015, CNY1958, arbitraje comercial internacional, rebeldía, voluntaria-estratégica, involuntaria, notificación, derecho de defensa.

Abstract: The analysis hereby is based on the Court Order handled down by the Superior Court of Justice of Catalonia, in an arbitral award recognition proceeding of two foreign arbitral awards rendered by the International Commercial Arbitration Court of the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (the “ICAC”). The defendant replied to the recognition lawsuit considering that those arbitral awards were rendered by default due to the lack of notification of the arbitral proceeding. The Court Order has an interest for the Spanish case law on this topic, insofar it shows the tendency of the Spanish Superior Courts in recognizing the foreign arbitral awards, rather than its refusal, in cases such as the one at stake, when it is proven that the alleged default of the defendant might be regarded as a procedural strategy.

Keywords: foreign arbitral award, recognition, *exequatur*, grounds for refusal, Ukraine, Act 60/2003, Act 29/2015, NYC 1958, international commercial arbitration, default, strategy, notification, right of defense (due process)

Sumario: I. Consideraciones sobre el fondo y la forma de la demanda de reconocimiento del Auto nº 181/2021 del TSJ del Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª; II. Normativa aplicable en el presente reconocimiento de los dos laudos arbitrales ucranianos: “el principio de mayor favorabilidad”; 1. La CNY 1958 y su relevancia en procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en sede judicial y otros sistemas de reconocimiento; 2. La LCJCI como *lex fori* para las formalidades relativas a la presentación de la demanda de reconocimiento y exequatur de laudo arbitral; III. Análisis del único motivo de oposición al reconocimiento de los dos laudos arbitrales; la falta de notificación del procedimiento arbitral a la parte demandada; 1. Artículo IV CNY 1958: documentos a presentar en la demanda de reconocimiento; 2. Artículo V apartados 1º y 2º CNY 1958: Notificación de la demanda arbitral, rebeldía, causas de oposición y subsanación; IV. Conclusiones.

I. Consideraciones sobre el fondo y la forma de la demanda de reconocimiento del Auto 181/2021 del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º

1. El presente Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo, ATSJ) de Barcelona, de 22 de marzo de 2021¹, concede el reconocimiento de dos laudos arbitrales dictados en el año 2018 por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Ucrania². En estos laudos arbitrales ucranianos se condenaba a una empresa española a favor de dos mercantiles con sede social en Ucrania. Es un Auto que no se aleja de la jurisprudencia y práctica anterior de algunos TSJ de otras CCAA, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros³.

2. La parte demandada (empresa española) contra la que se solicita el reconocimiento, se opuso al reconocimiento y exequatur de los dos laudos ucranianos. Los motivos de oposición son puestos de relieve tanto en su FJ 1º como en el FJ 3º, que se analizan con más detalle en el Epígrafe III.

Primero: por defectos de forma, en relación con la notificación del procedimiento arbitral basándose en lo dispuesto en los requisitos establecidos en el artículo 54 apartado 4 b de la Ley de Cooperación jurídica internacional (en adelante, LCJCI)⁴.

Segundo: y en relación con lo anterior, constituyendo ello una infracción del artículo 24 de la Constitución española. La empresa demandada alegaba indefensión y un quebrantamiento de sus dere

3. En este Auto no se ponía de relieve, o al menos, así se desprende de su lectura, si la Sala civil y penal del TSJ catalán tenía competencia para otorgar el reconocimiento del laudo arbitral. No obstante, se realiza un breve apunte sobre la competencia de los TSJ en el reconocimiento de laudos arbitrales. En el FJ 2º, se constata el hecho que tras los cambios normativos provocados por la LO 5/2011, de 20 de mayo complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo también, que reforma la norma interna española

¹ ATSJ nº181/2021 de la Sala de lo Civil y Penal de 22 de marzo de 2021, laudo arbitral ucraniano (ECLI:ES:TSJCAT:2021:181 A); J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Otorgamiento del exequatur de un laudo arbitral procedente de la Corte de arbitraje internacional de la Cámara de comercio e industrial de la Cámara de Ucrania, *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 30 junio 2021, disponible en: <https://fernandezrozas.com/2021/06/30/otorgamiento-del-exequatur-de-un-laudo-arbitral-procedente-de-la-corte-de-arbitraje-internacional-de-la-camara-de-comercio-e-industria-de-ucrania-atsj-cataluna-cp-1a-22-marzo-2021/>

² Se puede acceder a la página web de la Corte de Arbitraje Internacional de Ucrania en versión inglesa en el siguiente enlace: <https://icac.org.ua/en/>

³ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019”, *CDT*, Vol.12, Nº1, 2020, pp. 512-530; ATSJ Murcia, nº1/2019, de 12 abril (ECLI:ES:TSJMU:2019:12 A). El mismo ATSJ nº181/2021 cita en su FJ 2º párrafo 2º este ATSJ de Murcia; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho del Comercio internacional*, Colex, 2012, pp. 1721-1833.

⁴ Artículo 54 párrafo 4 letra b: “La demanda se ajustará a los requisitos del artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y deberá ir acompañada de: b. “el documento que acredite si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente” (Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* nº 182, de 31 de julio de 2015).

de arbitraje, la Ley 60/2003⁵, el artículo 8 apartado 6º establece dos criterios de competencia judicial y territorial por el que serán competentes las salas Civil y Penal de los TSJ españoles para el procedimiento de homologación,—según la doctrina jurisprudencial del TS cuando seguía de estos procedimiento—⁶, así como lo establecido en la normativa procesal civil española y en particular, el artículo 73 apartado 1 letra c de la LOPJ⁷.

Los criterios que se establecen en el artículo son: el domicilio o lugar de residencia de la persona frente a quien se debe ejecutar el laudo y donde deba desplegar sus efectos; o, el lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos del laudo, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir / desplegar efectos⁸.

4. De otra parte, existe un inciso en el mismo precepto que hace diferenciar entre el procedimiento de reconocimiento y el exequatur obtenido mediante dicho procedimiento, del de la ejecución del laudo una vez concedido el exequatur⁹. En este caso, será el juez de Primera instancia el que deberá proceder a su ejecución, a la luz de los mismos criterios que la norma establece para el previo reconocimiento y la obtención del exequátur. En este caso, es importante lo que establece el Capítulo III, Título IV en vez del Capítulo II de la LCJCI¹⁰.

II. Normativa aplicable en el presente reconocimiento de los dos laudos arbitrales ucranianos: el “principio de mayor favorabilidad”

1. La CNY 1958 y su relevancia en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en sede judicial y otros sistemas de reconocimiento

5. La normativa más relevante que se analiza y menciona por las que se insta el procedimiento de reconocimiento es la Convención sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeras

⁵ Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder judicial, BOE nº121, de 21 de mayo de 2011; de forma prolija, sobre los aspectos de esta reforma y su incidencia en la ordenación de los tribunales competentes, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad y el control judicial*, Bosch, 2017, pp. 148-176.

⁶ Así lo establece el ATST, en su FJ 2º *in fine*: “la doctrina jurisprudencial ha considerado que el procedimiento de exequatur es esencialmente de homologación como se señala en la STS de 23 de enero de 2007 aunque la parte contra el que se pida el reconocimiento pueda oponerse al mismo y articular prueba para acreditar la concurrencia de alguno de los motivos contemplados en el CNY”; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (DIRS.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Vol.1, Rapid Centro Color, S.L., 2019, pp. 65-66.

⁷ De acuerdo con el artículo III de la CNY 1958, los Estados parte tienen la facultad de establecer las reglas procesales que estimen oportunas en esta materia; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial Internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 4ª ed., 2013, pp. 712 y ss y p. 722-724, este foro viene predeterminado en nuestra normativa de la mano del artículo V de la CNY 1958.

⁸ J. IZQUIERDO Y M. ROBLES, “Dificultades prácticas derivadas de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para el reconocimiento de laudos arbitrales”, *La Ley. Mediación y Arbitraje (Smarteca)*, nº4, 2020, pp. 1-14, disponible en: <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2020/12/dificultades-practicas-derivadas-competencia-tsj.pdf>

⁹ J. RODRIGO DE LARRUCEA, “Comentario al Auto 13/2018 de la Audiencia Provincial de Oviedo Sección Nº 6...”, *loc.cit.*, p. 6, el reconocimiento del laudo arbitral es condición *sine qua non*, instado ante los TSJ, para poder instar su ejecución ante los Juzgados de Primera instancia.

¹⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la ley de cooperación jurídica civil internacional en materia civil con la legislación especial”, (Sección Foro), *REDI*, Vol. 68, Nº1, 2016, pp. 99-108, esp. p. 104; J. RODRIGO DE LARRUCEA, “Comentario al Auto 13/2018 de la Audiencia Provincial de Oviedo Sección Nº 6: Ejecución y reconocimiento de laudo extranjero (Cámara Arbitral Marítima de París): Problemas conexos con el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y la Ley de Cooperación jurídica internacional”, disponible en: https://go.openathens.net/redirector/uoc.edu?url=https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/173682/AP%20OVIEDO%20_2_.pdf; M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Diario La Ley*, 2014, pp. 2-7.

de Nueva York de 1958 (CNY 1958)¹¹, el artículo 46 apartado 2º de la Ley 60/2003 de arbitraje¹² (LA) y el artículo 2 apartado a de la LCJCI.

6. Tanto el artículo 46 apartado 2º de la LA como el artículo 2 apartado a de la LCJCI otorgan primacía en el ordenamiento jurídico a las normas internacionales y a las europeas, antes que a las internas. En el caso que las primeras contengan normas específicas sobre el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y las segundas no hayan regulado el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de forma autónoma¹³.

7. En este supuesto de hecho, como en la mayor parte de los procedimientos relativos a laudos arbitrales extranjeros, se siguió lo dispuesto en la CNY 1958, al ser un laudo arbitral extranjero el que debía ser reconocido, y de acuerdo con esta normativa interna citada en el párrafo anterior y el carácter universal o *erga omnes* de esta Convención¹⁴.

8. Sobre su aplicación la duda de si podría haber sido de aplicación la “Convención Europea de arbitraje de Ginebra de 1961”, aunque sus disposiciones no tienen el mismo carácter universal que la CNY 1958¹⁵. Sin embargo, está en vigor para España y Ucrania. Y el caso cumple con los requisitos de su ámbito espacial y material. Ambas empresas del contencioso se encuentran domiciliadas en estos dos Estados contratantes lo han estado, tanto durante el procedimiento en el Estado de destino, instado por la demandante, como cuando se dictaron los laudos arbitrales en el Estado de sede arbitral (artículo 1, apartado 1º, letra a)¹⁶.

Si se sigue el “principio de mayor favorabilidad” se atiende a que la “Convención de Ginebra 1961” tiene un régimen de reconocimiento más favorable de reconocimiento que el sistema neoyorquino, aunque es cierto que el resultado de este procedimiento aplicando uno u otro instrumento jurídico, de acuerdo con lo invocado por la demandante hubiera sido el mismo¹⁷.

¹¹ Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales españolas, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *BOE* nº 164, de 11 de julio de 1977.

¹² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *BOE* nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

¹³ A diferencia del artículo 46 apartado 2º LA, el artículo 2 apartado a de la LCJCI se muestra como un artículo de prelación de fuentes normativas en el ordenamiento jurídico español de corte general (no en relación con el ámbito del arbitraje comercial internacional, *vid.*, también DA 1ª de la LCJCI); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la ley de cooperación jurídica civil internacional en...”, *loc. cit.*, pp. 100-102 y p. 104.

¹⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, *loc. cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios ...* p. 718, teniendo carácter universal la CNY 1958, puesto que se aplica a todos los laudos de todos los países, con independencia de que éstos sean o no, parte del Convenio; M. OLIVENCIA, “El arbitraje internacional en España tras la Ley 60/2003”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, Nº1, 2011, pp.15-28, disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12961/1/Arbitraje_Olivencia_Arbitraje_2011.pdf; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”, *CDT*, Vol. 8, Nº1, 2016, pp. 111-124, esp. p. 112; M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, Nº2, 2007, pp. 1682-1691; C. ESPLUGUES MOTA, “La aplicación del Convenio de Nueva York por parte de los tribunales españoles”, *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones*, t. 2, 2009 pp. 291-333; AJPII Nº6/2007, de 11 de junio de 2007 (ECLI: ES: JPII: 2007: 6ª), FJ 2º.

¹⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España...”, *loc. cit.*, p. 114; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.M.LÓPEZ RODRÍGUEZ Y K. FACH GÓMEZ, *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanc, 2019, pp. 285-302.

¹⁶ Instrumento de ratificación de España del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, *BOE* nº 238, de 4 de octubre de 1975; Para Ucrania, la Convención de Ginebra de 1961 está en vigor desde el año 1963 (puede verse la información en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en); J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Sobre la denegación de reconocimiento en España de una medida cautelar contenida en un laudo arbitral en materia concursal dictado en la Federación rusa”, *CDT*, Vol. 12, Nº2, 2020, pp.1044-1050, pp. 1045-1046, a diferencia de la resolución que el autor analizó, en donde ambas partes no tenían el domicilio en diferentes Estados parte de la Convención de 1961, sino en el mismo Estado en el momento que se dictó el laudo arbitral, en este caso, las partes (la empresa ucraniana y la española) sí tienen el domicilio en diferentes Estados contratantes y lo tenían de forma diferenciada cuando los dos laudos arbitrales se dictaron en Ucrania.

¹⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Sobre el reconocimiento en España...”, *loc. cit. passim*.

2. La LCJCI como *lex fori* e instrumento aplicable para las formalidades relativas a presentación de la demanda de reconocimiento y exequatur de laudo arbitral

9. La LCJCI, –tras su introducción al ordenamiento jurídico español en el año 2015–, será aplicación para determinar las formalidades procesales de los procedimientos de reconocimiento de laudos o sentencias arbitrales extranjeros como *lex fori* del Estado de destino o sede judicial. Es la ley doméstica creada por el legislador español para resolver los avatares procesales en procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales, donde se incluyen los laudos arbitrales extranjeros.

10. Así, el artículo 54 de la LCJCI, informa sobre los documentos que se acompañan a la demanda. Esto es, en procedimiento para solicitar el reconocimiento y exequatur de laudos arbitrales, detalla los aspectos procedimentales en cuanto a las formalidades documentales que se exigen ante los tribunales españoles. No obstante, este artículo no es siempre de aplicación para todos los laudos arbitrales extranjeros que se complementa con lo establecido en la normativa que regula el arbitraje internacional.

En el FJ 2º la Sala lo relata de la siguiente forma: “*Las normas referidas a los exequatur de sentencias judiciales extranjeras contenidas en la LCJCI no son todas de aplicación al exequatur de los laudos arbitrales. No lo son las que establecen los documentos que han de ser presentados junto con la demanda ni tampoco las causas de oposición en tanto que ambos supuestos se hallan regulados en el Convenio de Nueva York, norma de rango preferente como hemos expuesto (ATJSMu de 12 de abril de 2019)*”¹⁸.

11. Sobre lo anterior, la Sala también podría haber hecho referencia a que las normas de la LCJCI en materia de procedimientos de exequatur de resoluciones extranjeras, para los laudos arbitrales no siempre tienen cabida por entrar incluso en contradicción, no sólo con la normativa internacional aplicable al caso sino también con las disposiciones de Derecho interno.

Por ejemplo, el problema entre el artículo 52 LCJCI que entra en contradicción con el artículo 73 apartado 1º letra c de la LOPJ¹⁹. A diferencia de lo que ocurre con las resoluciones de tipo judicial, para laudos arbitrales no será de aplicación el artículo 55 LCJCI para interponer recursos contra las resoluciones de las Salas Civil y Penal de los TSJ que otorguen o denieguen el exequatur solicitado²⁰. Algo controvertido que ha generado problemas de interpretación para los operadores jurídicos, que se ha ido resolviendo con la interpretación jurisprudencial.

III. Análisis del motivo de oposición al reconocimiento de los dos laudos ucranianos: la falta de notificación del procedimiento arbitral a la demandada

1. Artículo IV CNY 1958: documentos a presentar con la demanda de reconocimiento

12. La CNY 1958 establece una serie de requisitos para oponerse al reconocimiento de laudos arbitrales en el Estado de destino, que se dividen entre los controlables de oficio y los que pueden ser controlables de parte. Los que se encuentran en su artículo IV sobre las formalidades apuntadas, son los relativos a cómo se debe presentar la demanda del original o copia autenticada de la resolución arbitral para proceder a solicitar el reconocimiento del laudo arbitral extranjero en los tribunales del Estado de destino. En el artículo se exige que se aporte, la demanda, copia autenticada de la resolución arbitral, original y copia autenticada del convenio²¹. Estos motivos operan como presupuestos de resolución,

¹⁸ M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”, *loc.cit.*

¹⁹ J. RODRIGO DE LARRUCEA, “Comentario al Auto 13/2018 de la Audiencia Provincial de Oviedo Sección Nº 6...”, *loc.cit.*, p. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

²¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios ...* p. 724, la CNY se limita a ofrecer una lista de documentos; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: Comentario al Auto del TSJ de Murcia de...”. *loc.cit.*, pp. 516-517, destacando la CNY 1958 por su sencillez documental como dice la autora.

siendo el caso de no haber sido aportados todos los documentos que se requieren por este artículo IV CNY 1958, motivo suficiente para rechazar el reconocimiento del laudo²².

13. Volviendo a la conexión entre el artículo IV de la CNY 1958 con la norma procesal o *lex fori* del Estado de destino, se debe diferenciar con lo que el artículo 54 apartado 4º letra b de la LCJCI establece. Este artículo no exige que se aporte con la demanda el documento que acredite si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente.

14. De otro lado, las causales que deben ser controlables de parte son aquellas tasadas en su artículo V, que se analizan en el apartado siguiente, en particular el artículo V (1) (b). En el FJ 3º la Sala se detiene en el único motivo de oposición que importa en este procedimiento, y que ya se ha mencionado en la introducción: la falta de notificación de la demanda arbitral que según la demandada dio lugar a su indefensión.

2. Artículo V apartados 1º y 2º CNY 1985: Notificación de la demanda arbitral, rebeldía, causas de oposición y subsanación

15. Las causales invocadas del artículo V que serán estimadas de parte se destacan en el FJ 2º²³. Considera la Sala y a nuestro juicio de forma adecuada, que siendo fundamental en la interpretación de la CNY 1958, se quiso desplazar la carga de la prueba a la demandante, de los requisitos de notificación que no son comprobables de oficio por el Tribunal, sino que debe probarlos la parte que se opone, que más bien considera que no se aportaron por la parte demandante de forma debida²⁴. Este hecho también entra en contradicción con lo establecido en el artículo 217 apartado 7º de la LEC. Todo ello se puede observar en el FJ 3º la demandante terminó aportando a la documental las pruebas que mostraban que la parte demandada fue notificada en tiempo y forma del proceso arbitral que se iniciaba en Ucrania.

16. No obstante, en el hipotético caso que no se hubieran presentado todos los documentos exigidos por el artículo IV de la CNY 1958, la norma española encargada de determinar las formalidades previstas para el proceso de reconocimiento, esto es, el artículo 54 apartado 6º de la LCJCI, permite su subsanación. De hecho, el Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando a la demandante documentación que entendió que no había presentado para probar este extremo²⁵. Por ello, la Sala no se convence de la presunta rebeldía involuntaria, en cuanto considera que si hubo existencia de notificación debidamente acreditada por la parte que insta el procedimiento de reconocimiento, así como de la debida notificación que hubo del proceso arbitral en Ucrania²⁶.

²² C.M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequatur del laudo arbitral”, *CDT*, Vol. 13, N°2, 2021, pp. 836-847.

²³ *Vid.* apartado 2 *infra*.

²⁴ 1958 *New York Convention Guide* (UNCITRAL), “Article V (1)(b)”, disponible en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=622&opac_view=-1: “*Procedural irregularities under Article V (1) (b) have to be raised and proven by the party opposing recognition and enforcement of an award, and cannot be raised by a court on its own motion*”; *Id.*, “España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: ¿banco de prueba para una nueva frontera del arbitraje en Europa?”, 2012, pp. 269-287 (pp. 9-12, versión online) disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/37697062/Espana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arbitrales_extranjeros.pdf?1432199649=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEspana_y_el_reconocimiento_de_laudos_arb.pdf&Expires=1636995671&Signature=F3wcl-cfGtndaJ1cMzOnkTaj2oVAXTGHf~gJLiDAZDpAhw8uE9NywqNqU8BT651cnO~29w50F3MhpSLnSK98M6pCMNFHfTYx3-GNznWDH~q67KMfRlhgbTU5h4C2lhbJ7AYUEy6Rm1rDxn1zxDA68r9RL2VCe2RAOnqKpCsCORE-dOA2IN2k3s-4GhqC8PuBHs8SZjgi~hsj3b2nr36itLqnu4IAe5WocsTbNjKNeoguyUScZrTfx5gKqoZfYWenS2PWQ4pcS142HBiZvnSWS-VizjK7Sz~xOIG0zBIJUf23OfuiNNVugrJmy3LYJ6I~j2fETzP83xvh3jyYV3ETm~Q__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLR-BV4ZA, esp. pp. 13-14 (versión online).

²⁵ FH 3º ATSJ n°181/2021.

²⁶ C. M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho...”, *loc.cit.*, p. 842.

17. Es más, se prueba con algunos de estos documentos que tras haberse dictado los laudos arbitrales, ambas empresas siguieron manteniendo relaciones de tipo comercial. Algo que induce a pensar que entre empresas en su relación comercial siguió existiendo una comunicación fluida.

18. Por ello, se considera en estas líneas que el TSJ interpretó de forma correcta el artículo IV apartados 1º y 2º de la CNY 1958, que no se exige que se aporte con la demanda si la resolución se dictó en rebeldía²⁷. Aunque el artículo V I b CNY 1958²⁸, si concede a la parte demandada la oposición por no haber sido notificada, sino que son otros los documentos que deben presentarse. Todo ello lleva a valorar que la demandante si aportó la documental requerida en la normativa, y que la demandada tuvo la ocasión de aportar la documental que consideró oportuna en su escrito de oposición para subsanar la falta de acreditación. No pudiendo ampararse en este motivo para eludir el cumplimiento del laudo.

19. Se puede deducir que si la Sala hubiera considerado que existió infracción de este derecho procesal de defensa (artículo 24 CE) y no hubiese existido la notificación pertinente, no hubiera procedido a otorgar el reconocimiento de ambos laudos, evitando la presunta infracción al derecho de defensa del artículo 24 de la CE²⁹. Al menos, en este caso en concreto.

El artículo V apartado 1º letra b de la CNY 1958 se manifiesta en “términos muy genéricos” que pueden dar lugar, –como fue en el caso de Autos–, a que sea utilizado por la parte demandada de forma abusiva. Los tribunales deben realizar una interpretación restrictiva para evitar que se produzca la rebeldía “voluntaria” o estratégica³⁰. Recordando las dos dimensiones del quebrantamiento del derecho de defensa; *material y formal*.

Ambas dimensiones deben ser puestas de relieve y deben cumplir con las formalidades procesales que la norma procesal del Estado de destino impone a las partes en el procedimiento de reconocimiento. Relacionado con el orden público, pero en su vertiente procesal³¹. Aunque es cierto que ni las partes ni la Sala hace mención en el Auto de este extremo y podría haber sido interesante haberlo mencionado, dado que el hecho de no haber respetado las formalidades, entre ellas la notificación es una clara infracción de los derechos de defensa, se hace desde el concepto de orden público del Estado de la sede judicial.

20. El artículo V apartado 1º letra b no ofrece un concepto autónomo de la “indefensión” en procedimientos arbitrales, por lo que es aconsejable como establece la “Guía de interpretación de la CNY 1958” (UNCITRAL) que los Tribunales de los Estados de destino aquellos donde se dilucide el procedimiento de reconocimiento y exequatur del laudo arbitral, hagan una interpretación “restrictiva” del artículo V apartado 1º letra b, basándose en la conducta y los hechos de las partes.

21. Sobre este punto es necesario mencionar el papel del Convenio arbitral tal y como hace el Auto, con relación a la presunción de eficacia y validez de los laudos arbitrales que hace el CNY 1958.

²⁷ A diferencia de lo establecido en el artículo 54 apartado 4º letra b LCJCI.

²⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 9. Arbitraje Comercial ...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO Y R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios ...* p. 728.

²⁹ STC 1/2018, de 18 de enero de 2018, *BOE* nº34, de 7 de febrero de 2018, pp. 14701-14732, FJ Nº3; C.M. NORIEGA LINARES, “El orden público procesal y el derecho de defensa en el exequatur del laudo arbitral”, *CDT*, Vol. 13, Nº2, 2021, pp. 836-847, pp. 845-846.

³⁰ *Ibid.*; citando el autor, jurisprudencia anterior, precisamente del mismo TSJ catalán, ATSJ 100/ 2012 Sala de lo civil y penal de Cataluña, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TSJCAT:2012:100A), FJ 5, que, a su vez, menciona la Sala en este Auto, la STS de 13 de marzo del 2001 en materia de indefensión y rebeldía voluntaria – estratégica o involuntaria; J. ANDRÉS, A. ANGIE & K. J. KLEIN, “Article V (1)(b)”, en H. KRONKE *et al.*, *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, pp. 242 y ss; *1958 New York Convention Guide* (UNCITRAL), “Article V (1)(b)”, disponible en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=622&opac_view=-1; N. SIEVI, “Enfrentando al demandado en rebeldía: un reto para los árbitros y para los tribunales”, *Revista Latinoamericana de Derecho comercial internacional*, Nº1, vol.3, 2015, pp. 253-271; M. SCHERER, “Violation of Due Process, Article V (1) (b)”, en R. WOLFF (ED), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958*, Hart, 2012, pp. 279 – 290.

³¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Contravención del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº3, 2015, pp. 823-852, pp. 687-689.

La Sala lo vuelve conecta con la carga de la prueba de los motivos de oposición, que de forma necesaria se traslada hacia la parte que cuestiona la eficacia del laudo y que invoca dichos motivos para evitar que el laudo sea reconocido³².

IV. Conclusiones

22. El Auto analizado muestra una tendencia de reconocimiento hacia el laudos arbitrales por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ españoles, cuando el procedimiento se haya instado por la parte demandante siguiendo los cauces procesales adecuados (formalidades), y en resoluciones arbitrales que aparentemente se han dictado en rebeldía involuntaria.

23. Si la parte que se opone al reconocimiento y exequatur del laudo alega, que tanto el procedimiento como los laudos arbitrales fueron dictados en rebeldía en el Estado de origen, esto es, el lugar de la sede arbitral, pero no aporta la documentación pertinente que muestre una rebeldía involuntaria y real, y con ello, infracción de sus derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la CE, no podrá hacer prosperar su oposición. Le corresponde denunciar este incidente a la misma.

Queda probado que para demostrar esta verdadera indefensión, ciertos documentos como aquellos que muestren que se sigue manteniendo una relación comercial con la demandante tras haber sido dictado el laudo o laudos arbitrales, manifiestan un uso abusivo de la invocación del derecho de defensa por razones obvias. No se puede invocar desconocimiento de un acontecimiento relevante para la relación comercial como eran los laudos que le condenaban y conocimiento de la continuación de las relaciones comerciales posteriores que se siguieron al procedimiento arbitral.

25. Por ello, se considera que lo que la Sala y la tendencia jurisprudencial de los TSJ en la materia están haciendo (a la luz de jurisprudencia anterior y relacionada), es una interpretación restrictiva de los términos genéricos establecidos en el artículo V apartado 1º letra b, cuando las partes invocan esta causal de denegación de reconocimiento. Para evitar el uso abusivo en el Estado de destino del derecho de defensa que entraña el orden público procesal de ese Estado.

26. Para concluir: son los tribunales de los Estados de destino o requeridos, los que deben valorar e interpretar este extremo, sin tener que entrar en el fondo del asunto por los límites que tiene ordenados la jurisdicción ordinaria en el ámbito del arbitraje. Aunque sea a estos tribunales a los que les corresponde interpretar el artículo V apartado 1 letra b de la CNY 1958 dado que no se muestra muy prolijo en detalles ni ofrece un concepto “autónomo” para delimitar lo que debe considerarse como “rebeldía involuntaria” o estratégica.

³² En la jurisprudencia, ATSJ 127/2011, Sala de lo civil y penal, Sección 1ª Cataluña, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2013:184 A); ATSJ, Sala de lo Civil y penal, Valencia, de 11 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCV:2020:128 A).

ON THE APPLICABLE LAW TO DETRIMENTAL ACTS, THIRD
PARTY PAYMENTS AND “ASSIGNMENT” OF CLAIMS
IN CROSS BORDER INSOLVENCY PROCEEDINGS:
COMMENTS ON CJEU JUDGEMENT C-73/20 FRERICHS
“NEMO DATUR QUOD NON HABET”

SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACTOS PERJUDICIALES
Y SUBROGACIÓN DE PAGOS DE TERCEROS EN
PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZOS:
COMENTARIOS A LA STJUE C-73/20 FRERICHS
“NEMO DATUR QUOD NON HABET”

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTIN
Lecturer in Law/Research Fellow
UOC/Genova Business school

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:12.01.2022
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6725>

Abstract: In this preliminary ruling (C-73/20), the Court of Justice of the European Union (CJEU) faces again (as did in former case law), the issue of what law is applicable to detrimental acts within the course of a cross border insolvency proceeding. On this occasion, the CJEU analyses how and when, –according to the EU Private International Law (EU PIL) at hand for those proceedings, i.e.: the *lex specialis* (articles 4 and 13 Insolvency Regulation) and the *lex generalis* (article 12 para 1 lit a Rome I Regulation)–, which one is of application to determine the law applicable to acts which can be considered as “detrimental” to all the creditors. With other words, whether it would be applicable to the detrimental act, the *lex concursus* which governs the insolvency proceedings as a whole or the *lex contractus* which governs the law to the contract which led in these detrimental acts. However, the particularity of this case which is highly significant is grounded in the different relationships of the parties as a consequence of an “alleged” assignment between the insolvent company, the original debtor and an outsider creditor to this cross-border insolvency proceeding. Something that the CJEU did not pore it over as expected.

Key words: insolvency, applicable law, contractual obligation, assignment, Rome I Regulation, Regulation 1346/2000, payment, *lex concursus*, *lex contractus*, *lex causae*, detrimental, *actio pauliana* (claw-back), creditors, performance, fraud.

Resumen: En esta cuestión prejudicial (C-73/20), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se enfrenta de nuevo (como ya lo hizo en jurisprudencia anterior), a dirimir la pregunta sobre cual es la ley que se tiene que aplicar para actos o contratos perjudiciales para los acreedores en un procedimiento de insolvencia transfronterizo. De esta forma, el TJUE analiza cómo y cuándo, -de acuerdo con las normas del Derecho Internacional privado europeo (DIPr europeo) que existen para estos procedimientos, esto es, la *lex specialis* (artículos 4 y 13 del Reglamento europeo de insolvencia) o la *lex generalis* (artículo 12 párrafo 1 letra a del Reglamento Roma I)-, uno u otro son de aplicación para determinar la correcta ley aplicable a ciertos actos emanados de obligaciones contractuales que se pueden considerar perjudiciales para todos los acreedores. Con otras palabras, si se debe aplicar la ley que rige

todo el concurso en el Estado donde se comenzó el procedimiento de insolvencia (*lex concursus*) o la ley del país donde se celebró dicho acto-s / contrato-s perjudicial-es (*lex contractus*). Sin embargo, la particularidad de este caso se basa en que la compañía insolvente realizó el pago tardío cuando se había iniciado el procedimiento de insolvencia, de parte de una compañía que debía dinero a otra compañía que no era uno de los acreedores del concurso, mediante una “presunta” subrogación y cesión de créditos que el TJUE no entra a analizar.

Keywords: insolvencia, derecho aplicable, obligación contractual, subrogación, Reglamento Roma I, Reglamento 1346/2000, pago, *lex contractus*, *lex fori concursus*, acción pauliana, acreedores, cumplimiento, fraude.

Summary: I. Preliminary remarks on the CJEU Judgment C-73/20: untangling the case; 1. Overview of the preliminary ruling; 2. Facts and merits of the case; II. Analysis of the *vexata quaestio* of the preliminary ruling: payment, performance, and the assignment of claims as a creditor’s fraud: 1. Detrimental Acts to all Creditors in the Insolvency proceeding; 2. Interplay between the Insolvency Regulation and Rome I Regulation when the *lex causae* governs an act or contract; 2.1. Coherence of the EU PIL instruments applied to cross border insolvency proceedings; 2.2. The principle of “collective satisfaction” as an overriding principle in Insolvency law; 3. Assignments of claims, third party effects and creditor’s. IV. Final Remarks.

I. Preliminary remarks on the CJEU Judgment C-73/20: untangling the case

1. Overview of the preliminary ruling

1. It is usual that in cross-border insolvency proceedings, insolvent companies must face debts with third parties’ (creditors) which have entered contracts with the insolvent company. Parties who are located in different countries and contracts governed by a different law than the law which governs the insolvency proceedings. Consequently, when the insolvency proceedings begin, sometimes doubts will arise concerning the scope of the *lex concursus* to govern the whole proceeding or whether for certain acts and contracts, it should be of application a different law, such as the *lex contractus* to determine the efficacy and validity of these acts and obligations and to challenge them.

2. The preliminary ruling C-73/20 *Frerichs* navigates the above mentioned, nonetheless from a very general approach¹. It takes as a core issue the interpretation of two specific conflict of law rules at hand for the cross-border insolvency proceedings.

The one considered as the *lex specialis* to rule the insolvency proceedings for detrimental acts, i.e.: Article 13 Regulation 1346/2000 (hereafter, Insolvency regulation²) when Article 4 para 2 lit m might be displaced to determine the voidability, voidness and unenforceability of legal acts detrimental to all the creditors); and the one given by the *lex generalis* to all kind of contracts, i.e.: Article 12 para 1 lit b Regulation 593/2008 (hereafter, Rome I Regulation³). Article 13 of the Insolvency Regulation

¹ CJEU Judgment (First Chamber), of 22 April 2021, C- 73/20, *ZM v Frerichs* (ECLI:EU:2021:315). There was no Opinion rendered by the AG for this preliminary ruling; ; K. PACULA, “CJEU on the law applicable to detrimental acts under the Insolvency Regulation in Oeltrans Befrachtungsgesellschaft, C-73/20”, *Conflict of laws*, 51 22 april 2021, available at: <https://conflictoflaws.net/2021/cjeu-on-the-law-applicable-to-detrimental-acts-under-the-insolvency-regulation-in-oeltrans-befrachtungsgesellschaft-c-73-20/>; G. CUNIBERTI, “CJEU rules on Law Governing Avoidance of Third Party Payment of Contract”, *EAPIL Blog*, 28 april 2021, available at: <https://eapil.org/2021/04/28/cjeu-rules-on-law-governing-avoidance-of-third-party-payment-of-contract/>; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Pagos transfronterizos por subrogación y posteriores a la insolvencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2021, asunto C-73/20”, *La Ley Unión Europea*, Nº 95, 2021, pp. 1-9.

² Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 of Insolvency proceedings, *OJ L*160, 30 June 2000, repealed by article 91 Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *OJ L* 141, 5 June 2015.

³ Regulation (EC) No 593/2008 of European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJ L* 177, 4 July 2007.

(Detrimental acts ruled by the *lex causae*) contains an exception to the general conflict of law rule of the Article 4 para 2, *viz.* to the *lit m* (*lex concursus*)⁴. The interaction among these provisions is likewise controversial, as the silence of the Article 13 to apply a different law which also led in the application of a different Regulation to solve the question of what law rules the performance and payment of a contractual obligation, such as the Rome I Regulation⁵.

3. Thus, the moot question which arose for the German Court was “when” the application of this different applicable law rule must take place and under what requirements, to challenge a payment made it by the insolvent company on behalf of the debtor (second company) to a third party. Also, when a repayment action (*actio pauliana*) was brought to the Courts where the insolvency proceedings commenced by the liquidators. Payments which can be spotted as detrimental acts for having been made after the insolvency proceeding are lodged and by the insolvent company that was not responsible of this debt from the outset (i.e.: as a creditors *fraus*)⁶.

This preliminary ruling only spins around the law applicable to the performance and payment of this act (the payment) as detrimental. Nonetheless, it has to be mentioned that the case may be considered as “thorny”, insofar the parties at stake had among them a different relationships and legal nexus to examine. A legal nexus based in different grounds which led in a different conflict of law rule to solve the applicable law problems of the merits and what is more important, the outcome. In Insolvency proceedings the good outcome has to be oriented to protect the creditors interests, regardless of the applicable law to be applied. Albeit this ideal situation is not always given, such as this case demonstrates.

4. Because of the above, assuming the existence of two well-defined legal relations, being the creditor and original debtor outsiders to the insolvency proceedings, it would have also been convenient, having asked to the CJEU what applicable law is the proper one to govern an alleged assignment of the company (insolvent company) who paid to the creditor on behalf of the debtor (the one who entered the contract with the creditor and “by chance” one of the companies of the group of the insolvent, as explained below. Whether *the lex concursus* could also have appropriated or not to confirm the *efficacy* of this assignment and consequently the third-party payment made it in an apparent fraud.

The CJEU has not considered this relevant issue to clarify what should be the law applicable to cross border assignments involved in the insolvency proceeding. Especially if the liquidator could bring to this creditor to the insolvency proceeding when this creditor was not an initial creditor, but an outsider⁷. Apart from it, from these lines, it is considered that the CJEU in this preliminary ruling, did neither distinguish between the procedural and substantive aspects which mainly rely on the *lex concursus*, nor explained the scope of the *lex concursus* to regulate the substantive and procedural aspects of the controversial *actio pauliana*.

2. Facts and merits of the case

5. The contractual relationship between the parties: Two relationships to consider and a detrimental act.- *Oeltrans Group* a German company incorporated in Hamburg (Germany) had two

⁴ Article 16 Regulation 2015/848 (aka, Insolvency Reg., Recast).

⁵ Article 13 of the Insolvency Regulation allows to apply a different law of the State where the insolvency proceeding is in due course.

⁶ G. VAN CALSTER, “Oeltrans Befrachtungsgesellschaft v Frerichs: the CJEU on the reach of *lex contractus* as a shield against the *lex concursus*’ pauliana (avoidance action)”, *GAVC Law*, 23 april 2021, available at: <https://gavclaw.com/tag/oeltrans-befrachtungsgesellschaft/>: “The core question is whether the impact of the *lex contractus* extends to payments made by third parties. In technical terms: whether effective contractual performance by third parties, is part of A12(1)b Rome I’s concept of “performance” of the contract being within the scope of the *lex contractus*”.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, “Report from the Commission to the European Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person”, COM (2016) 626 final, in connection with insolvency proceedings, *viz.* p. 8.

companies: *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* and *Tankfracht GmbH*. In the judgment is only mentioned that the company is a German company located in Hamburg. In 2010, *Tankfracht GmbH* signed /entered a contract with a Dutch company, *E.A.Frerichs* (based in the Netherlands) to be performed in the Netherlands. This is considered the first and original relationship or the first contract. The object of this contract was relating to an inland waterway vessel in which *Tankfracht GmbH* had the remuneration obligation to pay 8.259,30 euros for the performance thereof. At the end of this year, when the insolvency proceeding was going to be opened, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* (the insolvent company and “assignee”) paid this amount to *Frerichs* on behalf of *Tankfracht GmbH*. The second relationship to take into consideration and of interest for the case which led in the contested act for the insolvent estate.

6. The insolvency proceeding before German courts. – The insolvency proceedings were opened against *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* before the *Amtsgericht Hamburg* (Local Court of Hamburg-Germany). The *lex fori concursus* as the applicable law to these proceedings was the German Insolvency law, Article 4 of the Insolvency Regulation (Recital 23)⁸, in accordance with the law of the court where the proceedings have been opened (“the State of the opening of proceedings”). It was considered that Hamburg was the place of its incorporation. However, this nuance has been also argued in the Academia, due to the different theories on the companies domicile of the EU PIL⁹.

In 2014, the first liquidator brought an action for repayment of this sum paid (an *actio pauliana/restitutio action/claw back*) to the Dutch company (*Frerichs*). The liquidator challenged the voidability of the company’s legal acts. However, this action was not served to *Frerichs* until 2016. The Hamburg Court of Appeal granted the action to the liquidator, but considering the action prescribed under the German law (*lex fori concursus*).

7. The new liquidator (ZM) filed a revision action before the *Bundesgerichtshof* (Federal Supreme Court) requesting a reinstatement order over this ruling. This Court, –despite of having recognised that the contract between both parties (original creditor and debtor), was governed by the *lex contractus* (Dutch law)¹⁰–, found that the action brought by the liquidator was not prescribed and the problems concerning the voidability of the payment were governed under the *lex concursus*. Or if both needed further assessment under the *lex concursus*. Although, this Court found that the problem in this case laid down in the correct interpretation of the Article 4 para 2 lit m¹¹, the Article 13 of the Insolvency

⁸ Article 4 reads as follows (now Article 7 Regulation 2015/848); “1. Save as otherwise provided in this Regulation, the law applicable to insolvency proceedings and their effects shall be that of the Member State within the territory of which such proceedings are opened hereafter referred to as the “State of the opening of proceedings”; Recital 23: “The Regulation should set out, for the matters covered by it, uniform rules on conflict of laws which replace, within their scope of application, national rules of private international law. Unless otherwise stated, the law of the Member State of the opening of the proceedings should be applicable (*lex concursus*) (...)”; on the role of the *lex concursus* from a general approach, A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, 2004, pp. 120-143, esp. pp.138-141; M. VIRGÓS SORIANO & F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, 2003; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, 2nd. Ed, Hart, 2016, pp. 274-324, esp. pp. 315-316; R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 8. Procedimientos concursales”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO & R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios internacionales*, 4th.ed., Iustel, 2013, pp. 569-637, pp. 594-609; on the German Insolvency Law and its interplay with the EU Insolvency law, S. BRAUN, “Panorama del Derecho Concursal Alemán y Europeo”, *ICADE Revista de la Facultad de Derecho*, N° 61, 2004, pp.313-332,

⁹ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Pagos transfronterizos por subrogación y posteriores a la insolvencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2021...”, *loc.cit.*, at 2: “(...) Quizás deba matizarse que la Sentencia se refiere de forma no muy precisa a que la sociedad concursada está “establecida” en Alemania, término inexacto porque no es equivalente ni al centro de intereses ni al domicilio”.

¹⁰ Such as in CJEU Judgement *Vynils*, C-54/16, wherein was also invoked the *lex contractus* as the adequate law to be applied when was proven by the defendant (one of the creditors benefited for the act); G. VAN CALSTER, “*Vynils* Italia. A boon for conflict of laws (with a *fraus* component) and important findings on the insolvency Pauliana”, *GAVC Law*, 21 July 2017, available at: <https://gavclaw.com/tag/vynils-italia/>; see *infra*, Section III.

¹¹ Article 4 para 2 lit m Insolvency Regulation (1346/2000) read as follows: “(2) The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions for the opening of the proceedings, their conduct and their closure. It shall determine in particular: m. the rules relating to the voidness, voidability or enforceability of legal acts detrimental to all the creditors” (currently, Article 7 para 2 lit m Regulation 2015/848).

Regulation and its interplay with the Article 12 para 1 lit b of the Rome I Regulation which regulates the applicable law to the performance and payment of the contract, under the *lex contractus* (creditor’s /defendant argument).

Moreover, it is important to bear in mind for this case that, while Dutch law does not grant under any circumstance the challenging of the payment made it by the German insolvent and “assignee” to the creditor, under German law is possible to challenge this payment. That was essentially the core issue of the controversy and the issue which raises the question of how to protect the interests of all the creditors without detriment¹². That is, under the *lex contractus* the act is vested with “immunity” (shielded), while under the *lex concursus* does not.

II. Analysis of the *vexata quaestio* of the preliminary ruling: payment, performance, and the assignment of claims as a creditor’s fraud

1. Detrimental Acts to all Creditors in the Insolvency proceeding

8. Repairment actions (*actio pauliana*) in insolvency proceedings have been subject of a lively controversy from the very beginning of the enactment of the Insolvency Regulation, precisely for these applicable law problems, and the broad diversity of the treatment of its legal nature under the law of the Member States¹³.

Still, despite these differences, the purpose is the same under these laws: the protection of the credit¹⁴. Then, problems normally arise because in cross border proceedings where these differences are displayed, the outcome is quite different whether the *lex concursus* or the *lex contractus* applies to determine the *efficacy* of the act as part of the obligation of a contract, as explained under Section I.2, *in fine*. Likewise, because the freedom of choice in these cases, it can be sometimes regarded as a fraudulent performance (a strategy), that jeopardize the assets of the insolvent company.

9. To understand why the repairment action was included in a different rule under the scope of the Insolvency Regulation, it is required to depart from the proper understanding of what the intention of the European lawmaker was when Article 13 (*lex causae*) was included in the Insolvency Regulation (*lex causae*), as an exception to the Article 4 para 2 lit m (*lex concursus to acts relating the voidness, voidability or unenforceability of legal acts detrimental to the general body of creditors*).

In doing so, it is needed to go back to the First preliminary works of the Insolvency Regulation, the VIRGOS-SCHMIDT REPORT¹⁵. According to this report, this Article was included to be applied in

¹² G. CUNIBERTI, “CJEU rules on Law Governing Avoidance of Third-Party Payment of ...”, *loc.cit.*; German Insolvency Statute of 1994 amended in 2002 (*Insolvenzordnung InsO vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866)*) is available in English (official translation of the *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*) at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/index.html

¹³ *Ibid* (CUNIBERTI); L. CARBALLO PIÑEIRO, “Acción Pauliana e integración europea”, *REDI*, vol. LXIV, N°1, 2012, pp. 43-72; CJEU Judgment (5th Chamber), of 26 March 1992, *Reichert II* (C-261/90)(ECLI:EU:1992:149) para 19: “the purpose of such action is not to have the debtor ordered to make good the damage he has caused to his creditor by his fraudulent conduct, but to render ineffective, as against his creditor, the disposition which the debtor has made. It is directed not only against the debtor but also against the person who benefits from the act, who is not a party to the obligation binding the creditor to his debtor, even in cases where there is no consideration for the transaction where that third party has not committed any wrongful act”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Impugnación de actos perjudiciales en procedimientos de insolvencia: cuestiones de Derecho aplicable”, *La Ley Unión Europea*, N°26, 2015, pp. 39-40; *Id.*, “Las acciones de reintegración en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Precisiones sobre la Ley aplicable”, *La Ley Unión Europea*, N°50, 2017, pp. 1-8.

¹⁴ *Ibid* (CARBALLO PIÑEIRO).

¹⁵ M.VIRGOS SORIANO & E. SCHMIT, “Report on the Convention on Insolvency Proceedings”, *European Union Council* 6500/96, Brussels 3 May 1996, pp. 87-89, para 135-139; also, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 5th ed., 2019, pp.445-447, at p. 445: “(...) La mayoría de estas excepciones suponen que los efectos concursales no queden sujetos a la *lex fori concursus* sino a la misma ley que rige la constitución pre-concursal del derecho o relación jurídica en cuestión”; *Id.*, “Las normas de Derecho internacional privado de la ley concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento”, *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 104, 2004, p. 1269-1292; R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 8. Procedimientos...”, J. C.

conjunction to Article 4 para 2, as an exception to protect all the creditors’ interests when the acts or contracts performed with some creditors are proven as detrimental. To add legal certainty and protect the creditors interest (as these interests must be treated as equal rights)¹⁶. Article 13 which serves this very special purpose of legal certainty in insolvency proceedings, it is increasingly relevant within the cross-border insolvency proceedings¹⁷.

10. Article 13 of the Insolvency Regulation states that Article 4 para 2 lit m, will be applied when there is enough proof that certain acts considered as detrimental to all the creditors are governed under a different law than the *lex concursus*. The *actio pauliana* and its requirements thus will be governed by the *lex causae*.

The creditor who was benefited from this act, –usually the defendant in the insolvency proceeding–, is the one that must invoke the exception to apply a different law to this act when the act is being challenged and it has been a target of a reintegration and objection. Hence, Article 13 is assumed as a “corrective” to protect creditors interests from acts which damage the assets (insolvent estate)¹⁸. Article 13 will only be of application to these detrimental acts when the requirements provided by the provision are satisfied and having regard of the specific circumstances of the cases (*case by case approach*). These requirements are as follows:

- i) the said act is subject to the law of a Member State other than that of the State of the opening of proceedings;
- ii) that law does not allow any means of challenging that act in the relevant case (that was the case in this preliminary ruling).

11. However, Article 13 can be only invoked provided that the act or contract was performed *before* the opening of the insolvency proceedings¹⁹. In this case, the defendant (the outsider creditor) was the one who invoked Article 13, but the act (payment) was performed after the insolvency proceedings were lodged, despite the first contract (between the original debtor and creditor) were done before. With its interpretation in this preliminary ruling, one is able to note that the CJEU has broaden the scope of Article 13, while in former case law, –such as in *Lutz* case–, the interpretation was further restrictive, considering the application of Article 13 only when the act was performed before the insolvency proceedings have been opened.

FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO & R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los...*, *op.cit.*, p. 607-609; CJEU Judgment, of 16 April 2015, C-557/13, *Lutz* (ECLI:EU:C:2015:227); CJEU Judgment (First Chamber), of 22 April 2021, C- 73/20, *ZM v Frerichs* (ECLI:EU:2021:315).

¹⁶ G. VAN CALSTER, *European Private International...*, *op. cit.*, at. 318.

¹⁷ G. VAN CALSTER, “Just prove it! CJEU on *lex causae* and detrimental acts (pauliana) in Nike”, *GAVC Law*, 10 October 2015, available at: <https://gavclaw.com/2015/10/19/just-prove-it-cjeu-on-lex-causae-and-detrimental-acts-pauliana-in-nike/>; B. WESSELS, “Which insolvency law applies to a cross border payment transaction?”, *Leyden Law Blog*, May 2015, <https://www.leidenlawblog.nl/articles/which-insolvency-law-applies-to-a-cross-border-payment-transaction>

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ CJEU Judgment, of 16 April 2015, C-557/13, *Lutz* (ECLI:EU:C:2015:227), para 42; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable a la impugnación de actos perjudiciales en procedimientos de insolvencia”, *Pedro Alberto de Miguel Blog*, 2015, available at: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/04/ley-aplicable-la-impugnacion-de-actos.html> ; R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 8. Procedimientos...”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO & R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los...*, *op.cit.*, at p. 609: “El art. 13 RI habilita a quien ha contratado con el deudor *con anterioridad* a la apertura del procedimiento de insolvencia a defenderse de la impugnación del acto celebrado basada en la aplicación de la ley del Estado de apertura del concurso mediante la alegación de que dicho acto no puede ser impugnado de acuerdo con lo que establece su ley rectora (la *lex causae*)”.

2. The interplay between the Insolvency Regulation and Rome I Regulation when the *lex causae* governs an act or contract

2.1. Coherence of the EU PIL instruments applied to cross border insolvency proceedings

12. Both cited instruments must be jointly analysed, in the light of the principle of coherence of the EU PIL. This coherence is stated in the EU legal instruments, enshrined in the legal certainty principle at the same time. The relationship between all these instruments is related to the well-known idea that the uniformization of the EU PIL, –namely in civil and commercial matters–, pursues a “coherence” among all their rules of PIL but also with the substantive harmonization of the EU Secondary law²⁰.

Therefore, the operators must interpret the system “as a whole”, pondering all the exceptions given by the conflict of law rules in this mentioned *case-by-case approach*, to achieve a correct solution paying attention to all the interests at stake²¹.

13. For this case and analogous cases, where the *lex concursus* cannot be applied to certain acts, this coherence shall stem from Recital 23 and 24 of the Insolvency Regulation with the Recital 16 of Rome I Regulation²².

The CJEU has already held in former case law that the Insolvency Regulation is doing an implied *renvoi* to the other Regulations which regulate the applicable law from a general approach when its conflict of law rules cannot be applied as a means of exception, and among the Member States (*ad intra* conflict of law rules-mitigated universalism/*gemässigtes Universalitätsprinzip*)²³.

14. In addition, the Insolvency Regulation does not state how to differentiate when the *lex causae* should be of application, in cases as the one given in the preliminary ruling. In cases where the detrimental act was a payment formalized by means of a contract and a later assignment of claims²⁴, Rome I Regulation is the right Regulation to determine the applicable law to the payment and performance (or

²⁰ On the coherence of the EU PIL as a “legal system” and as a part of the EU Secondary law; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Sección ESTUDIOS, vol. 70, Nº2, 2018, pp. 17-47; “el principio de coherencia apunta a la idea de “sistema jurídico””; J. VON HEIN & G. RÜHL (EDS.), *Kohärenz in Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Eruropäischen Union*, vol., 53, Möhr Siebeck, 2016; J. L. IGLESIAS BUIGUES, “General Appraisal and Genesis of Regulatory instruments in the Field of Civil and Commercial Law”. In J. J. FORNER I DELAIGUA & A. SANTOS (EDS.), *Coherence of scope of application: EU Private international legal instruments*, Schulthess Ed., Romandes 2020, pp.13-26; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (Comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017...)”, *loc.cit. infra*, at p. 743.

²¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado...”, *loc.cit.*, p. 29; CJEU Judgment (Grand Chamber), of 6 March 2018, C-284/16, *Achmea*; CJEU Judgment, of 16 April 2015, C-557/13, *Lutz* (ECLI:EU:C:2015:227)

²² Recital 16 Rome I Regulation states that “the conflict of law rules laid down in that regulation should be highly foreseeable in order to contribute to the achievement of the general objective of that regulation, namely the legal certainty in the European judicial area”.

²³ CJEU Judgment *Frerichs*, C-73/20, par 24 and 30; Recital 24 Insolvency Regulation reads as follows: “Automatic recognition of insolvency proceedings to which the law of the opening State normally applies may interfere with the rules under which transactions are carried out in other Member States. To protect legitimate expectations and the certainty of transactions in Member States other than that in which proceedings are opened, provisions should be made for several exceptions to the general rule”; M. VIRGÓS SORIANO & F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna”, *REDE. Revista española de Derecho Europeo*, Nº1, 2002, pp. 67-100, esp. p. 96; I. KOKORIN & B. WESSELS, *Cross border Protocols in Insolvencies of Multinational Enterprise Groups*, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, at p. 7.23: “For those subjects that are not governed by the EIR Recast, specifically it rules on applicable law, another EU regulation becomes relevant, namely the Rome I Regulation (Rome I).”; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio 2015, Nortel, C-649/13”, *CDT*, vol. 9, Nº2M 2017, pp. 692-701, esp. at p. 697; A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Armas legales contra la crisis económica. algunas respuestas...” *loc.cit.*, at pp. 47-48.

²⁴ R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 8. Procedimientos...”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, P. A. DE MIGUEL ASENSIO & R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los...*, *op.cit.*, at p. 609.

even the “assignment of claims”), because under the EU PIL and the CJEU case law these obligations have been characterized as a contractual obligation²⁵.

15. Even if this idea was stressed by the CJEU in this preliminary ruling, in our view, what has been disregarded is the requirement that, Article 13 can be only invoked if the act was performed *before* the insolvency proceeding. Otherwise, if the act is done *after* the proceedings, it has to be of application Article 4 para 2 lit m to challenge this act under the *lex concursus*. In this preliminary ruling, surprisingly, the act (payment) is not well distinguished with the contract between the parties that was done before. What is actually contested then, is the act as detrimental and the effects for third parties (all the creditors of the insolvency proceeding).

No one refuted the validity of the contract and of the “alleged” assignment of claims under the *lex contractus* (Dutch law)²⁶. It is clear that a contract, a contractual obligation follows the conflict of law rules of the Rome I Regulation, because the scope of the Insolvency Regulation was not designed to contain general conflict of law rules on contractual obligations.

2.2. The principle of “collective satisfaction” as an overriding principle in Insolvency law

16. Consequently, the CJEU has a special role to preserve and interpret the coherence sought by the EU legislator. The efforts of the CJEU to do so are always noteworthy, chiefly if one notes the still lack of harmonization in certain substantive rules the CJEU faces when interpret the whole EU Law and principles²⁷.

17. Substantive Insolvency law is not harmonized at all in the internal market (i.e.: in the Member States), as other subjects like assignments and third-party effects²⁸. Although, there is a common principle in the Insolvency law of the Member States, enshrined in the Regulation, the “collective satisfaction principle” (*gemeinschaftliche Befriedigung*).

As some Scholars have analysed (VAN CASTLER), the creditor who has been satisfied individually *after* the insolvency proceeding has started, it is not complying with this principle²⁹. This principle

²⁵ I. KOKORIN & B. WESSELS, *Cross border Protocols in Insolvencies of Multinational...*, *op.cit.*, at p. 7.23-7.24.

²⁶ G. CUNIBERTI, “CJEU rules on Law Governing Avoidance of Third Party Payment of Contract”, *EAPIL Blog*, 28 april 2021, available at: <https://eapil.org/2021/04/28/cjeu-rules-on-law-governing-avoidance-of-third-party-payment-of-contract/>, Basically, it was the detriment act (payment) instead of the contract (including in this view, the assignment). The author considers that is highly suspicious the fact that a company of the same group requested to the one that is going to be declared as insolvent, to pay a debt on your behalf; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (Comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, *Vinyls Italia*)”, *CDT*, vol. 11, N°1, 2019, pp. 739-750, at pp.741-743.

²⁷ A comprehensive work on the coherence of the EU Insolvency Law with the EU Law in general and EU PIL in particular, B. WESSELS, “On the future of European Insolvency Law”, *INSOL Europe Academic Forum’s 5th. Edwin Coe lecture*, 2012, available at: <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/futureofeuropeaninsolvencylaw.pdf>; C. HEINZE & C. WARMUTH “The law applicable to third-party effects of assignment and the conflict rules for insolvency according to EU Law”, *Uniform Law Review*, vol. 24, N° 4, pp. 664-684.

For instance, in EU PIL Consumer law and contracts of carriage of passengers once can find these problems, CJEU Judgment (First Chamber) of 18 November 2020, C-591/19, *Delayfix* (ECLI:EU:C:2020:933).

²⁸ See *infra*, Section 3 on the law applicable to assignments; *infra* footnote 30.

²⁹ G. VAN CALSTER, *European Private International...*, *op. cit.*, at p. 321: “The Regulation harmonizes jurisdiction and choice of laws rules on insolvency proceedings. It does not harmonize insolvency law. One important common principle of insolvency law is however promoted by the Regulation, namely the principle of collective satisfaction”; *Id.*, “*Vinyls italia...*”, *loc.cit.*, concerning the lack of harmonization of the actio pauliana in the law of the Member States, CJEU Judgment (5th. Chamber), of 8 June 2017, C-56/16, *Vinyls Italy* (ECLI:EU:C:2017:433); A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Armas legales contra la crisis económica. algunas respuestas...” *loc.cit.*, at p. 46: “(...) No existe, por tanto, un “Derecho procesal y material europeo de involucencia”. Existe, eso sí, un “DIPr. Europeo en materia de involucencia”. Este DIPr europeo en materia de involucencia transfronteriza contiene normas uniformes de DIPr que resuelven el problema de la competencia internacional para abrir el procedimiento de involucencia, de la Ley aplicable al procedimiento de involucencia y de los efectos de las decisiones nacionales en materia de involucencia de los demás Estados que participan en el Reglamento 1346/2000”.

means that the creditors will be compensated in proportion to their respective claims (*par conditio creditorum*) and it is, without a doubt, the leading principle of the Insolvency law.

18. Hence, this is summarized in the idea that there is an obligation to bring back to the debtor’s assets what was paid upfront within the course of the insolvency proceedings. Yet, in accordance with the *lex concursus*. An action that must be brought by the liquidator, who is the one in charge to request said payments and reintegrate them to the assets³⁰.

3. Assignments of claims and creditor’s fraud

19. Does the *lex contractus* applied to the performance of the act covers the issue of the efficacy of the assignment? Furthermore, was there a real assignment? If yes, does this fact entail the allowance of a fraud to all the creditors in the insolvency proceeding? That is, the circumvention of the obligations. Perhaps, this might be also a different question that the German Court should have submitted to the CJEU to estimate if the *lex contractus* have been the proper one or not.

20. As ESPINIELLA highlights, the CJEU has missed an opportunity to explain what law might be of application to an assignment of claims made by the insolvent companies to fulfil the payment of one of the companies of the group. If the first contract was entered by the outsiders to the insolvency proceedings in advance, it had to be analysed under the *lex concursus* (*effect utile* of the general rule and the exception given by the Insolvency Regulation). Besides, the author finds significant that, it also exists the possibility that it could have not been a real assignment of claims, since both companies were part of the same group (alleged assignor and assignee) and there was no need to perform this subrogation as such³¹. This is true. In the preliminary ruling, there is no consideration of a cross border “assignment of claims” regarding how is observed under the EU PIL.

21. In the event this second relationship had been created as an “assignment of claims”, the law applicable would have also determined by the same Regulation that the CJEU has clarified to be applied to estimate the efficacy of the performance and payment. That is, the Rome I Regulation, as the assignment of claims are characterized as a contractual obligation. And if the National Court needs to assess its validity prior to the efficacy of the detrimental act under the *lex contractus* through this exception of the Article 13 (*lex causae*).

22. The provisions of the Rome I Regulation concerning the law applicable to assignments are 14 and 15³². Both articles, at the same time, make a distinction on the different kind of assignments and aspects of the applicable law to the assignment which are of relevance in cross border contractual obligations. Nevertheless, as in the preliminary ruling is not mentioned which kind of assignment is, neither was discussed the *efficacy* of the same to refute it and clarify if the payment could have been finally declared as voidable under the *lex concursus*, this is an assumption to understand why the CJEU did not bring to the fore this concern with a very close relation to the “nitty-gritty” of this case.

³⁰ In compliance with Article 20 Insolvency Regulation; on this concern, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Pagos transfronterizos por subrogación...”, *loc.cit.*, at p. 9; A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Armas legales contra la crisis económica. algunas respuestas...” *loc.cit.*, at p. 48.

³¹ *Ibid*, the author considers that this was actually a consequence of a bad procedural strategy of the liquidator.

³² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cesión de créditos. Ley aplicable”. In A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol., 2, 16th. ed., Comares, 2016, pp. 1047-1048.

III. Contribution to the former CJEU case law on the Insolvency Regulation

23. The merits of this case are quite close to the ones analysed by the CJEU in the case *Vynils Italy* (C-54/16)³³, especially on the concept of performance of the act, to the *Lutz* case (C-577/13)³⁴, *Nike European Operations Netherlands* (C-310/14)³⁵ and the case *Kornhaas* (C-594/14)³⁶.

As a matter of fact, the CJEU has mentioned *Lutz* and *Nike* cases to connect this preliminary ruling with these former case law. Though, with some differences, regarding the merits of these former cases and how the CJEU has oriented the answer for this case, less restrictive than in those cases. For instance, in *Nike* C-310/14, the CJEU held and shield the *effect utile* of Article 13 considering the idea that freedom of choice in contractual obligations can be observed sometimes as a strategy to avoid the insolvency rules and precluding the broad interpretation of Article 13 for the sake of its function within the same conflict of law rules.³⁷

24. It can be added that, at the time those preliminary rulings were handled down by the CJEU, the contested contracts considered as detrimental acts, laid down not under the scope of the Rome I Regulation but its precedent, the Rome I Regulation³⁸. Furthermore, the proceedings had to be solved under a less satisfactory outcome than in this preliminary ruling as was previously analyzed by the Academia³⁹. Perhaps, this fact and the particularities of this case are the consequences that have made to turn the CJEU into a different direction.

25. In a nutshell: the contribution of this judgment to former case law on the interpretation of the application of Article 13 of the Insolvency Regulation as the law applicable to the *actio pauliana* for detrimental acts has not embraced the problematic of the application of this Article, from a restrictive interpretation. This interpretation has been non-respectful with the nature and goal of the same provision in connection with the Article 4 para 2 lit m in these cases or the *lex concursus*. Even if the law which regulates the contract and later contractual obligations among the parties is the *lex contractus*. This was not, in the light of this assessment, the contested issue.

³³ CJEU Judgment (5th. Chamber), of 8 June 2017, C-56/16, *Vynils Italy* (ECLI:EU:C:2017:433); A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (Comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017...)”, *loc.cit.*; G. VAN CALSTER, “*Vynils* Italia. A boon for conflict of laws (with a *fraus* component) and important findings on the insolvency Pauliana”, *GAVC Law*, 21 July 2017, available at: <https://gavclaw.com/tag/vynils-italia/>; M. McPARLAND, “Insolvency “claw-back” provisions and the “safe harbor” defense in the EU Insolvency Regulation: *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* (C-73/20)”, *Essex Chambers*, 23 April 2021, available at: <https://www.39essex.com/insolvency-claw-back-provisions-and-the-safe-harbour-defence-in-the-eu-insolvency-regulation-oeltrans-befrachtungsgesellschaft-c-73-20-in-the-cjeu/>

³⁴ CJEU Judgment, of 16 April 2015, C-557/13, *Lutz* (ECLI:EU:C:2015:227); G. VAN CALSTER, “*Lex causae*, securitization and insulating agreements from the *lex concursus*. The ECJ in *Lutz*”, *GAVC Law*, 24 July 2015, available at: <https://gavclaw.com/?s=lutz>

³⁵ CJEU Judgment, of 15 October 2015, C-317/14, *Nike Operations Netherlands* (ECLI:EU:C:2017:433); G. VAN CALSTER, “Just prove it! CJEU on *lex causae* and detrimental acts (*pauliana*) in *Nike*”, *GAVC Law*, 10 October 2015, available at: <https://gavclaw.com/2015/10/19/just-prove-it-cjeu-on-lex-causae-and-detrimental-acts-pauliana-in-nike/>

³⁶ CJEU Judgment, of 10 December 2015, C-594/14, *Kornhaas* (ECLI:EU:C:2015:806)

³⁷ CJEU Judgment, of 15 October 2015, C-310/14, *Nike Operations Netherlands* (ECLI:EU:C:2017:433), para 21: “Moreover, the obligation to interpret strictly the exception laid down in Article 13 of the regulation precludes a broad interpretation of the scope of that article which would allow a person who has benefited from an act detrimental to all creditors to avoid the application of the *lex fori concursus* by relying solely, in a purely abstract manner, on the unchallengeable character of the act at issue on the basis of a provision of the *lex causae*”; In *Vynils*, VAN CALSTER, “*Vynils* Italia. A boon for conflict of laws (with a *fraus* component) and important findings on the insolvency Pauliana”, *GAVC Law*, 21 July 2017, available at: <https://gavclaw.com/tag/vynils-italia/>: “However, the CJEU logic I suppose lies in what it sees firmly as the object and purpose of Article 16: it protects the legitimate expectations of the party who has benefited from an act detrimental to all the creditors. In some way it prevents contractual sclerosis for parties suspected of being close to payment issues”.

³⁸ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I Convention), OJ 266, 9 of October 1980; M. McPARLAND, “Insolvency “claw-back” provisions and the “safe harbor” defense in the EU Insolvency Regulation: *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft* (C-73/20)”, *Essex Chambers*, 23 April 2021, available at: <https://www.39essex.com/insolvency-claw-back-provisions-and-the-safe-harbour-defence-in-the-eu-insolvency-regulation-oeltrans-befrachtungsgesellschaft-c-73-20-in-the-cjeu/>; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración...”, *loc.cit.*, p. 741.

³⁹ *Ibidem*.

IV. Final Remarks

26. To sum up this CJEU judgment that is already integrated in the bulk of the Insolvency Regulation CJEU case law:

- On the one hand, the positive aspect of this CJEU judgment is the contribution to give further explanation on the interplay between Article 13 of the Insolvency Regulation as an exception to Article 4 para 2, lit m. Besides, with other EU PIL rules that will come to be applied to determine the law of contractual obligations and its efficacy when the scope of the *lex concursus* does not extend to those matters. In these cases, there is legal certainty as the Academia has analysed, and the Rome I Regulation will be applied to determine the validity of the performance of the act (payment) as the *lex contractus* by means of the Article 13 which represents the *lex causae*.
- On the other hand, this preliminary ruling, did not take into account a relevant fact, that the act was performed after the opening of the insolvency proceedings, neither the kind of relationship among all the parties in detail. However, in cases such as the one at stake, the alleged assignment of claims was an “unavoidable” matter of the relationship between the creditor-defendant and the insolvent company to perform the detrimental act.
- All in all, what the CJEU is saying if one reads between the lines is that a *case-by-case approach* is needed to apply this exception for detrimental acts. The interpretation of Article 13 has been quite opposite and broader than in former case law. In this sense, criticism launched are easy to understand, especially if these credits are leading in a creditor’s fraud as was the case in the light of the facts. In doing this broader interpretation of the Article 13 is favoring this fraud and infringing the “collective satisfaction principle” and other principles, such as the legal certainty, pursued by the Insolvency Regulation and the other EU PIL Regulations as a legal system with own autonomy within the EU Secondary law.
- *Last but not least*. Once a company enters in an insolvent *status*, its assets (the insolvent estate) are not anymore its “assets”, but the assets of the creditors of this company controlled by the liquidators, i.e.: this company has no rights anymore over them, neither third parties which acquire these assets on behalf of the insolvent, whether in good or bad faith. Therefore, *nemo datur quod non habet*. Otherwise, the fraud *legis* is coolly served.

DIVORCIO EN ESPAÑA Y CÓNYUGES SIN RESIDENCIA
HABITUAL EN NUESTRO PAÍS: ¿CÓMO HAN DE PROCEDER
LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?. COMENTARIO DEL AAP
MURCIA 11 FEBRERO 2021*

DIVORCE IN SPAIN AND SPOUSES WITHOUT HABITUAL
RESIDENCE IN SPAIN: HOW SHOULD THE SPANISH COURTS
PROCEED? COMMENTARY BY THE PROVINCIAL COURT
OF MURCIA ON 11TH FEBRUARY 2021

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6726>

Resumen: A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor, los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, siguen ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, también cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento Bruselas II bis. Como ejemplo, cabe mencionar el caso resuelto por el AAP Murcia 11 febrero 2021. Este auto confirma, vía recurso de apelación, la resolución dictada en primera instancia por un Juzgado de la localidad de Cieza, por la cual este órgano jurisdiccional se declaraba internacionalmente incompetente para conocer de un proceso de divorcio en el que los cónyuges ni tenían nacionalidad común española ni tampoco su residencia habitual en nuestro país.

Palabras clave: divorcio, residencia habitual, Reglamento Bruselas II bis.

Abstract: Even though almost seventeen years have passed since its entry into force, legal operators in the Member States of the European Union, including the Spanish ones, continue ignoring not only the system of forums but also the personal scope of application of the Brussels II bis Regulation. As an example, it is appropriate to mention the case resolved by the provincial court of Murcia on 11 February 2021. This court confirms, on appeal, the decision handed down at first instance by a court in the town of Cieza, by which this court declared itself internationally incompetent to try a divorce case in which the spouses were neither Spanish nationals nor habitually resident in Spain.

Keywords: divorce, habitual residence, Brussels II bis Regulation.

Sumario: I.-Planteamiento general. II. Marco normativo aplicable a las crisis matrimoniales con elemento internacional en nuestro país. 1. Generalidades en torno a los foros de competencia judicial internacional del RBII bis y de la LOPJ. 2. Determinación del concepto de la residencia habitual de los cónyuges a los efectos del RBII bis. III. Análisis del AAP Murcia 11 febrero 2021. 1. El AJPI Cieza 28 marzo 2019. 2. El recurso de apelación y su resolución por el AAP Murcia 11 febrero 2021. V. Conclusiones.

*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. Planteamiento general

1. A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor¹, no deja de sorprender que los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, sigan ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, lo que es más grave, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (en adelante RBII bis)². No cabe duda de que el desconocimiento de tales extremos puede derivar en una inadecuada interposición de una demanda de divorcio con elementos internacionales, ante unos órganos jurisdiccionales que carezcan de competencia para entrar a valorar el fondo del asunto³. Ello, no solamente causaría evidentes perjuicios para las partes, sino que, además, frustraría los objetivos del legislador europeo de reforzar la seguridad jurídica, incrementar la flexibilidad y garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos⁴.

2. Como ejemplo de la situación que se acaba de exponer, cabe mencionar el caso resuelto por el AAP Murcia 11 febrero 2021 (ECLI:ES:APMU:2021:262^a). Se trata de un auto que confirma, vía recurso de apelación, la resolución dictada en primera instancia por un Juzgado de la localidad de Cieza, por la cual este órgano jurisdiccional se declaraba internacionalmente incompetente para conocer de un proceso de divorcio en el que los cónyuges ni tenían nacionalidad común española ni tampoco su residencia habitual en nuestro país.

3. A la vista de tales consideraciones, cabe preguntarse cómo ha de proceder un Juez o Tribunal español, cuando se presenta ante él una demanda en materia de crisis matrimoniales con elemento internacional o transfronterizo. Más en concreto aún, cuando, como es el caso de la resolución de la AP Murcia, antes mencionada, la situación no presenta conexión suficiente con nuestro país y en consecuencia, no son los tribunales españoles los mejor situados para conocer del divorcio⁵.

4. A este respecto, se debe recordar que, como regla general, el Reglamento protege a aquellos cónyuges que sean nacionales de un Estado miembro o que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, de manera que únicamente podrán ser demandados ante los Tribunales de otro Estado miembro, a excepción de Dinamarca, conforme a los foros previstos en el propio RBII bis (art.6). También hay que tener en cuenta que el RBII bis no contempla entre sus foros la posibilidad de que los cónyuges se sometan expresa o tácitamente a unos órganos jurisdiccionales concretos, en el sentido que se prevé en otros instrumentos de la Unión Europea, como el RBI bis.

5. Llegados a este punto, debe advertirse que, a partir del 1 de agosto de 2022⁶, dejará de aplicarse el RBII bis en todo el territorio de la Unión Europea, donde, exceptuando Dinamarca, estará plenamente operativo el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a

¹ El RBII bis se aplica desde el 1 de marzo de 2005.

² DOUE, núm. 338, 23 diciembre 2003.

³ La Profª. Castellanos Ruíz apunta dos consideraciones relevantes sobre este particular. Así, pone de relieve las diferencias existentes en la regulación de las crisis matrimoniales en los distintos ordenamientos jurídicos. Y lo que es más importante, señala que más de un 20% de los divorcios que se formulan ante jueces y tribunales españoles son transnacionales. De ahí la importancia de que los operadores jurídicos conozcan y sepan aplicar las normas de DIPr. en vigor en nuestro país. Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2021, pp.14-16.

⁴ Dichos objetivos se encuentran expresamente recogidos en el Considerando 2 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 (DOUE núm. 178, 2 julio 2019), que sustituirá al RBII bis a partir del 1 de agosto de 2022.

⁵ La autora mencionada en la nota al pie anterior se pregunta si los jueces españoles son conscientes de cuando son competentes para conocer de un litigio referente a una crisis matrimonial internacional, habida cuenta los numerosos errores que cometen los tribunales de nuestro país al aplicar los foros correspondientes a esta materia. Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit*, pp.18-19.

⁶ Los arts. 92, 93 y 103 son de aplicación a partir del 22 de julio de 2019.

la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (RBII ter), que constituye una versión refundida de aquel. Sobre este instrumento hay que observar que, si bien mantiene idéntico sistema de foros que el RBII bis, introduce en el art.6 alguna novedad en relación con el ámbito de aplicación personal del Reglamento, que se comentará más adelante⁷.

6. Por otro lado, tampoco hay que olvidar que el TJUE ha tenido oportunidad de dar cumplida solución a los interrogantes que han ido surgiendo en la práctica a la hora de aplicar el RBII bis. Entre todas las respuestas, cabe resaltar, por su relevancia para el presente trabajo, que el TJUE, de manera similar a como lo ha venido haciendo en materia de responsabilidad parental, ha precisado el concepto de residencia habitual de los cónyuges en los procedimientos de crisis matrimoniales, dado que el RBII bis no define esta noción ni se remite, a tal fin, a los ordenamientos jurídicos de los Estado miembros.

7. Todas estas cuestiones se desarrollarán con más amplitud a lo largo del presente trabajo, al mismo tiempo que se pondrán en relación con lo resuelto en el AAP Murcia 11 febrero 2021, para poder así verificar si en esta ocasión los tribunales españoles han procedido de manera ajustada a Derecho.

II. Marco normativo aplicable a las crisis matrimoniales con elemento internacional en nuestro país

1. Generalidades en torno a los foros de competencia judicial internacional del RBII bis y de la LOPJ

8. En nuestro país se encuentran en vigor dos instrumentos que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales (nulidad, separación judicial y divorcio): el ya mencionado RBII bis, procedente del legislador europeo, junto con nuestra norma de producción interna, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Resulta obvio que el RBII bis, que opera para determinar la competencia judicial internacional dentro de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, se aplica con preferencia a los foros de los arts. 22 y ss. LOPJ (arts.22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter c) LOPJ), que tienen carácter residual y únicamente se aplicarán en aquellos supuestos que no se encuentren cubiertos por el Reglamento⁸.

9. Seguidamente y sin ánimo de ser exhaustivos, se expondrán algunas cuestiones de interés para el presente trabajo en relación con los foros de competencia judicial internacional de ambos textos legales.

11. En cuanto a los foros del RBII bis, hay que tener en cuenta los siguientes extremos⁹:

1º) Los foros generales se encuentran incorporados en el art.3¹⁰ y son alternativos, de tal modo que es suficiente con que concurra uno de ellos para que el Tribunal del Estado miembro

⁷ Aquí debe observarse que algún autor ha cuestionado que el RBII ter haya mantenido prácticamente intacto el sistema de foros relativos a las crisis matrimoniales, para centrarse en lo atinente a la responsabilidad parental. En este sentido, puede consultarse 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*, Sección ESTUDIOS, Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 139-165.

⁸ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Decimoctava edición, Granada, Comares, 2018, pp.248 y 249, así como, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, Nº 30, 2008, p.476.

En cuanto al carácter residual del Reglamento, sirvan de ejemplo las siguientes resoluciones: SAP Girona 12 marzo 2013 [CENDOJ]17079370012013100116], AAP Murcia 21 abril 2011 [CENDOJ] 30030370042011200008], SAP Asturias 16 julio 2009 [CENDOJ] 33044370042009100266], AAP Barcelona 17 febrero 2009 [CENDOJ] 08019370182009200019], AAP Madrid 25 enero 2008 [CENDOJ] 28079370222008200014] y AAP Barcelona 25 enero 2005 [CENDOJ] 08019370122005200008].

⁹ A este respecto, consúltese, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2020, p.267.

¹⁰ Los arts. 4 y 5 RBII bis también participan de ese carácter exclusivo (art.6) y se ocupan de las competencias especiales: competencia judicial internacional para conocer de la demanda reconvenional y de la conversión de la separación en divorcio, respectivamente.

designado se declare competente para conocer del litigio. En este punto, cabe señalar que, el propósito del legislador europeo, al establecer este sistema, consiste en sujetar el litigio a aquellos Estados miembros con los que los cónyuges presenten mayor grado de vinculación¹¹. Ello, como ya se ha explicado al principio, mediante el recurso a los criterios de la nacionalidad y la residencia habitual de los cónyuges (art.6 RBII bis). En concreto, se enumeran siete foros, que se mantienen en el art.3 RBII ter, de los cuales 6 incorporan el criterio de la residencia habitual -el sexto, junto con la nacionalidad del demandante-, mientras que el último de los foros recoge exclusivamente el criterio de la nacionalidad común de las partes¹². De este modo, el Reglamento declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se sitúe:

- la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda, siendo irrelevante la nacionalidad de las partes¹³;
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de interposición de la demanda, independientemente de que sea el demandante o el demandado¹⁴;
- la residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda, sin que importe a estos efectos su nacionalidad¹⁵;
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda¹⁶;
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda¹⁷;
- 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 y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Irlanda, tenga allí su “domicile”¹⁸;
- la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso de Irlanda, del “domicile” común;

2º) El art.3 establece foros puros de competencia judicial internacional, habida cuenta que otorgan competencia a los Tribunales de un Estado miembro en su conjunto, sin designar el concreto órgano jurisdiccional que resulta territorialmente competente.

3º) La verificación de la competencia judicial internacional con arreglo al RBII bis es controlable de oficio. Así, si concurre alguno de los foros previstos en el art.3 RBII bis, el tribunal del Estado miembro ante el cual se haya planteado la demanda, deberá declararse

¹¹ Vid. 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*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, p. 660.

¹² Vid., P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas I bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley UE*, núm. 21, 2014, p. 17 y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.661, donde se hace especial hincapié a la relevancia que otorga a la residencia habitual de los cónyuges el RBII bis.

¹³ Consúltese, entre otras, SAP Zaragoza 15 marzo 2016 [CENDOJ]50297370022018100058].

¹⁴ Vid. AAP Teruel 25 noviembre 2010 [CENDOJ]442163700102010200048].

¹⁵ Vid. SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ]17079370012015100074].

¹⁶ Ténganse en cuenta, por ejemplo, AAP Badajoz 22 junio 2004 [JUR 2014/192158].

¹⁷ El demandante ha de ser uno de los cónyuges. Vid. STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, Czarnecka, (ECLI:EU:C:2016), la cual que resolvió que “*el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una persona distinta a los cónyuges que inicie un procedimiento de nulidad matrimonial no puede invocar los criterios de competencia establecidos en dichas disposiciones*”.

Recuérdese también que desde el 31-12-2020, el Reino Unido ha de ser considerado como tercer Estado a los efectos de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, como es el caso del RBII bis.

¹⁸ Al igual que en el supuesto anterior, el demandante ha de ser uno de los cónyuges. Vid. STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, Czarnecka, (ECLI:EU:C:2016), en los términos de la nota al pie precedente.

Se reitera que desde el 31-12-2020, el Reino Unido ha de ser considerado como tercer Estado a los efectos de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, como es el caso del RBII bis.

internacionalmente competente¹⁹. De igual modo, cuando ningún tribunal de ningún Estado miembro tenga atribuida competencia judicial internacional para dirimir el litigio con arreglo al Reglamento, el órgano jurisdiccional ante el cual se ha ejercitado la acción de nulidad, separación o divorcio, aplicará las normas de competencia judicial internacional de producción interna del foro. En el caso de España, el Juez español recurrirá a los foros de competencia judicial internacional en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio, previstos en los arts. 22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter.c) LOPJ²⁰.

11. Sobre los foros de la LOPJ, que atribuyen competencia a los tribunales españoles en la materia objeto de estudio, deben realizarse una serie de puntualizaciones:

- 1ª) Los foros de los arts.22 y ss. LOPJ, en todo caso, se aplican de manera supletoria y residual.
- 2ª) Los foros del art.22 quáter c) LOPJ reproducen los criterios del RBII bis y en consecuencia, no resultarán operativos, puesto que dichos supuestos están amparados por el propio Reglamento²¹.
- 3ª) Si el domicilio del demandado se encuentra en España, el art.22. ter LOPJ resulta inoperante, habida cuenta que la competencia judicial internacional se gobernará por el RBII bis.
- 4ª) En el supuesto de que ambos cónyuges se hubieran sometido a los Tribunales españoles, podría resultar aplicable el art.22 ter LOPJ. Ahora bien, esto no puede dar lugar a equívocos. Luego, aquí han de recordarse varios extremos. Primeramente, hay que insistir en lo dicho respecto del art.6 RBII bis, que predica el carácter exclusivo de los foros de competencia judicial internacional de los arts.3, 4 y 5 RBII bis en relación con un cónyuge demandado que sea nacional o residente en un Estado miembro. En segundo lugar, cabe reiterar que la sumisión expresa o tácita no está contemplada en el RBII bis. Y en último término, tampoco hay que ignorar que, conforme al art.7.1 RBII bis, que prevé los supuestos de competencia residual, sólo sería posible invocar el foro del art.22 ter LOPJ en el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de ningún otro Estado miembro dispusiera de competencia para dirimir el litigio con arreglo a los foros del RBII bis²². Y ello, con independencia de que el demandado tenga o no nacionalidad de un Estado miembro y de que su residencia habitual se sitúe o no en un Estado miembro²³.

¹⁹ Vid. ATJUE 3 octubre 2019, C-759/18, OF vs. PG (ECLI:EU:C:2019:816).

²⁰ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit.*, p.41. Consúltese, asimismo, STJCE, de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, Sundelind López (ECLI:EU:C:2007:740).

²¹ Según autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, los foros del art.22 quáter c) LOPJ están copiados del RBII bis “con escaso tino y exiguo acierto”. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.248. De la misma opinión es E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit.*, p.42. Sobre la inspiración de los foros de la LOPJ en la legislación europea, puede consultarse también, C. ESPLUGUES MOTA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 114 y 115; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Cívitas, 2017, p. 88, y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.661

²² El art.6 RBII ter regula la competencia residual, sin incorporar expresamente la mención al carácter exclusivo de los foros del propio Reglamento. No obstante, en el apartado 2 continúa disponiendo que “un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”. Asimismo, el apartado 1 del citado precepto establece que “Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”. El apartado 1 del art.6 sería la regla general que cedería ante la regla especial que contiene el apartado 2 del art.6 RBII ter. Así lo indican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2021, p.505.

No se olvide que el art.7.2 RBII bis y el art.6.3 RBII ter establecen la posibilidad de que todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro pueda invocar en dicho Estado, al igual que los nacionales de este último, las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro.

²³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.234. Además, tanto el concepto de competencias exclusivas como la redacción del art.7 RBII bis, ha sido objeto de críticas por la doctrina, sirvan de

- 5º) Si los Tribunales españoles verifican que tampoco disponen de un foro que les otorgue competencia judicial internacional con arreglo a la LOPJ, se declararán de oficio incompetentes (art.22. octies LOPJ)²⁴.

2. Determinación del concepto de la residencia habitual de los cónyuges a los efectos del RBII bis

12. Dada la trascendencia que otorga el RBII bis al criterio de la residencia habitual de los cónyuges y habida cuenta los problemas que se han planteado en la práctica en orden a su concreción, seguidamente, se estudiarán los elementos que se deben tomar en consideración para determinar dónde se sitúa la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda.

13. Aquí hay que señalar que ni el RBII bis ni su sucesor, el RBII ter definen esta noción ni tampoco ofrecen criterios que permitan su determinación²⁵. En cualquier caso, no cabe duda de que los Estados miembros no deben interpretarlo en el sentido que establecen sus respectivos ordenamientos jurídicos, a los que ni tan siquiera los Reglamentos contienen una remisión²⁶. Antes al contrario, cabe deducir que nos encontramos ante un concepto autónomo y propio del Reglamento, que debe ser objeto de una interpretación uniforme y siempre teniendo en cuenta el contexto y la finalidad que se pretenda alcanzar. En este sentido, se ha dejado sentado que por residencia habitual debe entenderse, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. Más en concreto, hay que atender al Estado miembro donde el sujeto tenga su centro social de vida de manera estable y con vocación de permanencia en el momento de interposición de la demanda, sin que resulte relevante que se trate de una residencia temporal, pero, sin que constituya residencia habitual una residencia pasajera o precaria. Tampoco es relevante a este respecto que la persona piense trasladarse a otro país ni que figure inscrito en un Registro público a efectos fiscales, electorales o municipales²⁷.

14. En este punto, merece la pena detenerse en la reciente STJUE de 21 de noviembre de 2021, Asunto C-289/20, IB vs. FA (ECLI:EU:C:2021:955), en tanto que ha precisado el contenido y alcance del concepto de residencia habitual de un cónyuge en un Estado miembro a los efectos de fijar la competencia judicial internacional en litigios que tengan por objeto crisis matrimoniales. Y lo hace, tal como se ha puesto de manifiesto al principio de esta exposición, con apoyo en la definición de residencia habitual del menor para los litigios en materia de responsabilidad parental (STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, HR)²⁸.

ejemplo: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, Comares, 2007, pp. 132-134; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional privado español*, Universidad e de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, pp. 152-153; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? ...cit”, pp. 457-482.

Referente a esta cuestión, resulta relevante la STJCE, de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, Sundelind López (ECLI:EU:C:2007:740), que interpretó como los art.6 y 7 RBII bis “en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.”

²⁴ Vid. STS 4113/2017, 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113), de la que es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Ángeles Parra Lucán.

²⁵ Así lo indica y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.662.

²⁶ En este punto, consúltese de nuevo la STS 4113/2017, 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113).

²⁷ Así lo entienden A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.241 y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.662. En la misma línea, véanse las siguientes resoluciones: STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009, Asunto C-523/07, Korkein hallinto-oikeus – Finlandia (ECLI:EU:C:2009:225); STJUE 6 julio 2009, Asunto C-168/08, Hadadi, (ECLI: EU:C:2009:474); STJUE 9 octubre 2014, Asunto C-376/14, M, (ECLI:EU:C:2014:2268; y la más reciente STJUE (Sala Tercera) 25 noviembre 2021, Asunto C-289/20, IB vs.FA, (ECLI:EU:C:2021:955); junto con la STS 4113/2017, ya mencionada.

²⁸ Sobre esta resolución, puede consultarse el Comunicado de prensa n.º 211/21 emitido por el TJUE, el 25 de noviembre de 2021, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210211es.pdf>.

15. A estos efectos, tras reiterar que se trata de un concepto autónomo, propio del RBII bis, y que debe ser objeto de interpretación uniforme, el TJUE entiende que el concepto de residencia habitual se compone de dos elementos principales, que deben quedar debidamente acreditados: la voluntad del interesado de establecer el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y una presencia que se caracteriza por reunir un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate.

16. Habida cuenta lo que antecede, el TJUE llega a las siguientes conclusiones:

- 1ª) El cónyuge que invoca, como demandante, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, en virtud del art. 3, ap. 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis, debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia conyugal. Ello requiere, a juicio del Tribunal la concurrencia de dos requisitos: que dicho cónyuge tiene que poner de manifiesto su voluntad de fijar el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro, y que debe haber demostrado que su presencia en ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad.
- 2ª) El entorno de un adulto es más variado que el de un niño y en este sentido, lo integran un elenco más amplio de actividades, así como de intereses más diversificados, de modo tal que no resulta exigible que los mismos se agrupen en el territorio de un solo Estado miembro. Por este motivo, el Tribunal considera que cuando un cónyuge decide establecerse en otro Estado miembro debido a la crisis conyugal, es libre de conservar vínculos sociales y familiares en el Estado miembro de la antigua residencia conyugal.
- 3ª) El artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que un cónyuge que comparte su vida entre dos Estados miembros solo puede tener su residencia habitual en uno de esos Estados miembros, de modo que solo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúa dicha residencia habitual son competentes para pronunciarse sobre la demanda de disolución del matrimonio”.
- 4ª) El órgano jurisdiccional remitente será el encargado de verificar, atendiendo a las circunstancias de hecho del caso concreto, si el territorio del Estado miembro al que pertenece corresponde al lugar al que el cónyuge de que se trate ha trasladado su residencia habitual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del RBII bis.

III. Análisis del AAP Murcia 11 febrero 2021

17. Una vez explicadas las cuestiones atinentes al marco normativo en materia de crisis matrimoniales con elemento internacional, así como la interpretación del TJUE respecto del concepto de residencia habitual, a los efectos de aplicar los foros del RBII bis, se va a proceder a analizar el AAP Murcia 11 febrero 2021. Ello, con la finalidad de determinar si las deducciones a las que han llegado tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, se adecúan al citado Reglamento y a la jurisprudencia del TJUE.

1. El AJPI Cieza 28 marzo 2019

18. Primeramente, hay que señalar que se formuló demanda de divorcio por parte de la esposa, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n°1 de Cieza (Murcia). De los datos que obran en la resolución dictada por la Audiencia de Murcia, se deduce sin ningún género de dudas

que los cónyuges no tienen nacionalidad común española y que el esposo tiene su residencia habitual en Alemania. Las dudas se suscitan en relación con la esposa, al parecer, nacional española, que apoya su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda en las siguientes circunstancias: la estancia de los esposos en Rojales (Alicante) desde diciembre 2016 a marzo 2017 y en Barinas (Murcia) desde abril 2017 a junio, junto con la escritura pública correspondiente a la adquisición en 2017 de un inmueble en nuestro país, y prueba documental referente a consumos eléctricos. En este punto, hay que aclarar que del Auto examinado no se desprende la fecha exacta en que se interpuso la demanda y en consecuencia, tampoco si ésta se correspondería con algún momento cercano a esos periodos del año 2017, en los cuales la actora pretende fundamentar su residencia habitual en nuestro país. Este dato hubiera resultado de interés para valorar si la demandante residía o no habitualmente en España desde al menos seis meses antes de la presentación de la demanda. Ello, en particular, para descartar con mayor precisión la voluntad de la esposa de establecer su centro habitual de vida e intereses en nuestro país y acreditar una estancia meramente vacacional.

19. Frente a dicha demanda, se planteó por el esposo declinatoria, alegando la falta de competencia judicial internacional de los juzgados españoles para conocer del litigio. La declinatoria fue estimada por el referido órgano jurisdiccional, que, en consecuencia, declaró su falta de competencia judicial internacional para conocer del mencionado proceso de divorcio.

20. Nada hay que objetar a la fundamentación jurídica del Juzgado de Primera Instancia en tanto que, tal como expone el Tribunal “ad quem”, cimienta su decisión en el art.3.1.a) RBII bis y en la jurisprudencia del TJUE, que califica los foros del citado artículo como objetivos y alternativos e interpreta el criterio de la residencia habitual de los cónyuges, tanto de manera conjunta como separada. No obstante, sí que conviene hacer una matización en relación con la terminología utilizada, en tanto que el Juzgado “a quo” manifiesta que el Reglamento contiene normas de conflicto flexibles, desconociendo que el RBII bis es una norma de Derecho Internacional Privado correspondiente a la dimensión judicial, concretamente al primer sector, la competencia judicial internacional, y que no contiene disposición alguna sobre el sector de la ley aplicable. En consecuencia, los criterios que establece el artículo 3 RBII bis no pueden ser calificados como normas de conflicto, sino como foros de competencia judicial internacional. Mientras que las normas de conflicto que determinan la ley aplicable al divorcio se encuentran reguladas en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010²⁹, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

21. Por lo demás, el auto del Juzgado de Primera Instancia de Cieza considera que no resulta de aplicación al caso enjuiciado el criterio de residencia habitual común del artículo 3.1.a), así como tampoco el relativo a la residencia de la demandante en España seis meses antes de la interposición de la demanda, toda vez que la documentación aportada no acredita que la demandante tenga su residencia habitual en España. Del mismo modo, entiende el Juzgado “a quo” que el demandado tampoco reside habitualmente en nuestro país, habida cuenta que la esposa declaró que aquel reside en Alemania, lugar donde también se encuentra su lugar de trabajo. No entra a valorar el Juzgador el foro de la nacionalidad de ambos cónyuges del art.3.1.b), de donde se deduce que los cónyuges no tienen nacionalidad común española.

22. A la vista de las consideraciones anteriores, resulta obvio que el Juzgador de instancia ha procedido de forma correcta, por los siguientes motivos:

- 1º) Primeramente, porque, a fin de determinar si resulta internacionalmente competente para entrar a conocer de la demanda de divorcio, dado que se cumple su ámbito espacial, ha acudido directamente al RBII bis, en lugar de a la LOPJ, que, recuérdese tiene carácter residual.

²⁹ DOUE núm. 343, 29 diciembre 2010.

- 2º) En segundo término, no cabe duda de que la decisión de estimar la declinatoria es ajustada a Derecho, habida cuenta que se trata de un cónyuge demandado residente habitualmente en Alemania, es decir, en un Estado miembro distinto del Estado del foro, y que, por consiguiente, en virtud del art.6 RBII bis, sólo podría ser demandado ante los órganos jurisdiccionales españoles en virtud de los foros de los arts.3,4 y 5 RBII bis, que, no se olvide aquí, no otorgan competencia a los tribunales españoles en el caso de autos.
- 3º) Tampoco cabe el recurso a los foros de la LOPJ, puesto que es evidente que existen otros órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con los que el supuesto presenta vinculación suficiente, en razón del domicilio del demandado en Alemania, y que, por tanto, disponen de competencia judicial internacional para el enjuiciamiento del divorcio conforme al art.3 RBII bis (art.7.1 RBII bis).

2. El recurso de apelación y su resolución por el AAP Murcia 11 febrero 2021

23. Contra el auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Cieza se interpuso recurso de apelación por parte de la esposa. Como motivo del recurso, la apelante alegaba error en la valoración de la prueba, dado que, a su entender, la documental aportada acreditaba su residencia habitual en España. Consecuentemente, interesaba la revocación de la resolución apelada y el dictado de otra resolución por la cual se declarase la competencia de los tribunales españoles y en concreto del juzgado civil de Cieza para conocer de la demanda de divorcio formulada por ella formulada.

24. Vistos los argumentos de la parte recurrente, la Audiencia Provincial, acuerda desestimar el recurso de apelación, asumiendo como propios los fundamentos de la resolución apelada, por considerarlos correctos y acertados. Esto, habida cuenta que no concurren en el presente caso los presupuestos legales que determinan la competencia de los tribunales españoles y en concreto del juzgado civil nº 1 de Cieza para el conocimiento de la demanda de divorcio.

25. A este respecto, los razonamientos del Tribunal “ad quem” se centran en la valoración de las pruebas que, a su juicio, no acreditan, que los cónyuges tengan su residencia habitual común en nuestro país, así como tampoco la residencia habitual en España ni de la demandante ni del demandado. Para alcanzar esta conclusión, la Audiencia Provincial de Murcia realiza un interesante análisis de los datos presentes en la situación, tal como a continuación se detallarán:

- 1º) La estancia de los esposos en Rojales (Alicante) desde diciembre 2016 a marzo 2017 y en Barinas (Murcia) desde abril 2017 a junio 2017, que el Tribunal “ad quem” considera que no responde al concepto de residencia habitual, dado que entiende que es transitoria y de índole turística. Este argumento se corresponde con los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE, examinados en un epígrafe anterior, habida cuenta que no puede considerarse que la esposa tuviera en esos lugares su centro social de vida al tiempo de la demanda, dado que, en ambos casos, se trataba de una residencia temporal o pasajera, que no reúne los requisitos de estabilidad y vocación de permanencia que permitirían calificarla como residencia habitual.
- 2º) La adquisición de un inmueble en nuestro país en el año del 2017, documentada en escritura pública notarial, y los documentos correspondientes a los consumos de energía eléctrica aportados por la demandante, respecto de los cuales la Audiencia infiere que tampoco constituyen prueba suficiente para acreditar la residencia habitual en España de la recurrente. Más aún cuando en la escritura pública del préstamo hipotecario se hace constar que la esposa tenía su domicilio en Alemania y por tanto, su residencia habitual no se encontraba en nuestro país. No cabe duda de que los razonamientos del Tribunal “ad quem”, nuevamente se corresponden con el concepto autónomo de residencia habitual fijado por el TJUE, dado que de la compra del referido inmueble y de la existencia de consumos de electricidad, no se

deduce la voluntad manifiesta de la recurrente de establecer el centro habitual de sus intereses en nuestro país y menos aún, una presencia en territorio español que reúna el suficiente grado de estabilidad.

26. Los argumentos anteriores permiten al Tribunal “ad quem” alcanzar la conclusión de que el centro de intereses de la demandante no se encuentra en España, así como que no existe un concreto interés debidamente justificado de residencia estable de la recurrente en nuestro país. En este punto, cabe recordar que, ciertamente, el TJUE ha dejado sentado que no es necesario que los intereses de la persona adulta se agrupen en un solo Estado miembro y que el sujeto no está obligado a que sus vínculos sociales y familiares se encuentren todos en el lugar donde el cónyuge reside habitualmente. Ahora bien, no es menos cierto que, tal como se ha indicado en los párrafos que anteceden, lo verdaderamente relevante es que, de lo actuado en el caso enjuiciado, no parece deducirse que la esposa haya puesto de manifiesto su voluntad de fijar el centro habitual de sus intereses en España y tampoco ha demostrado que su presencia en nuestro país acredite un grado de estabilidad suficiente.

27. Por último, la Audiencia Provincial de Murcia resuelve que tampoco resultaría aplicable al supuesto de autos lo dispuesto en el último apartado del artículo 3.1ª a) ya que los criterios sobre residencia habitual que se mencionan y los tiempos de su vigencia que prevé están referidos únicamente para los casos de demanda conjunta de divorcio, lo que aquí no acontece. En este punto, hay que poner de relieve que el Tribunal “ad quem” incurre en un error, toda vez que el sexto foro del art.3.1.a) RBII bis -que hace referencia a 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 y a que sea nacional del Estado miembro en cuestión-, no requiere que estos requisitos concurren únicamente en el caso de demanda conjunta. Más concretamente, ha sido criticado por la doctrina por considerarlo un *fórum actoris*, es decir un foro a favor del cónyuge demandante, que puede resultar exorbitante y contrario al art.24 CE y al art.6 CEDH, en tanto que puede ser utilizado por sujetos con una gran capacidad económica para provocar la competencia de unos tribunales con los que el supuesto no presenta en realidad una vinculación suficiente³⁰. Es únicamente el cuarto foro del art.3.1.a) RBII bis el que se dedica expresamente a los casos de demanda conjunta por ambos cónyuges, supuesto en el cual se faculta a éstos a interponer la demanda ante los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.

26. Para terminar, es interesante la referencia que realiza la Audiencia al RBII ter y al mantenimiento de idénticos criterios objetivos, aunque no era necesaria, puesto que no resulta todavía de aplicación.

IV. Conclusiones finales

27. Hasta el momento se ha analizado, en líneas generales, el marco normativo regulador de las crisis matrimoniales vigente en nuestro país. También se ha concretado el concepto de residencia habitual del cónyuge a los efectos del RBII bis (y por tanto, también del RBII ter), conforme a la jurisprudencia del TJUE. Todo lo cual se ha puesto en relación con el asunto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Murcia, objeto del presente trabajo. Dicho estudio ha permitido dar respuesta a la pregunta formulada como título del artículo y en consecuencia, extraer las siguientes conclusiones:

28. Primera.- Si se plantea una demanda de separación judicial, nulidad o divorcio con elementos internacionales ante los Tribunales españoles, a fin de verificar si disponen de competencia judicial internacional para conocer del proceso, éstos han de aplicar el RBII bis, cuyo art.3 contienen un elenco de siete foros, que se controlan de oficio, tienen carácter exclusivo y son alternativos.

³⁰ En este sentido, se posicionan, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.243.

29. Segunda.- El órgano jurisdiccional español ante el que se ha formulado la demanda está obligado a declararse internacionalmente competente y en consecuencia, a conocer sobre el fondo del asunto, cuando pueda fundamentar su competencia internacional en uno de los foros del art. 3 RBII bis, sin que pueda abstenerse, aunque las partes manifiesten su oposición o el propio tribunal considere que existe otro órgano mejor situado para enjuiciar la controversia. Ahora bien, si ninguno de los foros del art.3 RBII bis atribuye competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles, pero, de los mismos se deduce la competencia de otros tribunales de otro Estado miembro, lo procedente sería que los tribunales españoles declarasen su falta de competencia judicial internacional para dirimir el divorcio, tal como han llevado a cabo el Juzgado de Primera Instancia de Cieza y la Audiencia Provincial de Murcia, vía recurso de apelación. Aquí, respecto al supuesto analizado, hay que hacer hincapié en lo acertado de las resoluciones dictadas tanto en primera instancia como en apelación, dado que, frente al planteamiento deficiente de la demanda formulada por la esposa, han aplicado correctamente las normas de Derecho Internacional Privado español en materia de crisis matrimoniales.

30. Tercera.- Sólo en el caso de que no dispongan de ningún foro que les otorgue competencia judicial internacional conforme al RBII bis y de que del art.3 RBII bis no se deduzca la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, los jueces y tribunales españoles podrán recurrir a los foros previsto en los arts.22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter c) LOPJ. Si no concurre ninguno de dichos foros, los órganos jurisdiccionales españoles deberán de declararse de oficio competentes.

31. Cuarta.- Habida cuenta que el art.3.1.a) incorpora el criterio de la residencia habitual en su listado de foros, el tribunal español ante el que se haya planteado la controversia, será el encargado de dilucidar si la residencia de los cónyuges se sitúa en nuestro país, en función de los datos que figuren en cada litigio concreto. Con esta finalidad los órganos jurisdiccionales españoles habrán de tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, que toma en consideración principalmente dos circunstancias, que igualmente han sido valoradas por la Audiencia Provincial de Murcia en su auto de fecha 11 de febrero de 2021: la existencia de voluntad manifiesta del cónyuge de que se trate de fijar el centro habitual de sus intereses en España y que su presencia en nuestro país acredite un grado de estabilidad suficiente.

32. A modo de reflexión final, resultan muy ilustrativas las siguientes palabras del Profesor Javier Carrascosa, que ponen de relieve, como se ha dicho al principio de este trabajo, la importancia de que los operadores jurídicos conozcan los entresijos del Derecho Internacional Privado: “Al igual que los metales con los que se fabrica un cuenco tibetano, que representan los siete cuerpos celestes que se pueden ver a simple vista (oro – Sol, plata – Luna, mercurio – Mercurio, hierro – Marte, plomo – Saturno, estaño – Júpiter y cobre – Venus), los foros de competencia del art. 3 RB II-bis también son siete. El jurista que sabe extraer la mejor melodía de esos foros y encontrar el foro que atribuye competencia internacional a los tribunales españoles es el jurista que sabe cómo plantear correctamente un litigio transfronterizo de divorcio...³¹”.

³¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España. Siete foros de competencia, siete metales y un cuenco tibetano”, *Accursio Dip. Blog*, 18 junio 2021, <http://accursio.com/blog/?p=1310>.

C-581/20, TOTO: A MISSED OPPORTUNITY TO CAST LIGHT ON ARTICLE 35 OF THE BRUSSELS I BIS REGULATION?

C-581/20, TOTO: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA ARROJAR LUZ SOBRE EL ARTÍCULO 35 DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS?

CARLOS SANTALÓ GORIS

Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg

Supported by the Luxembourg National Research Fund (FNR) – 10965388

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6727>

Abstract: In C-581/20, *TOTO*, the CJEU was asked about two key aspects of the Brussels I bis Regulation jurisdictional regime for interim proceedings. One is whether it is possible to apply for the same provisional measure before the courts of two Member States. The other is whether access to interim measures throughout Article 35 is subject to a European autonomous regime of prerequisites. To the first point, and against the Advocate General Opinion, the CJEU replies that such practice is allowed. Concerning the second point, the CJEU does not even clarify whether there is an autonomous regime of prerequisites exists or not. The CJEU's answers are less ambitious than the expectations generated by the preliminary reference. This paper offers a comprehensive analysis of the judgment *TOTO*, evaluating its impact on the interpretation of the Brussels I bis Regulation.

Keywords: Brussels I bis Regulation, civil and commercial matters, enforcement, provisional measures; interim measures, choice of court agreements, *lis pendens*, irreconcilable judgments.

Resumen: En el asunto C-581/20, *TOTO*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJEU") fue preguntado acerca de dos aspectos clave sobre el régimen jurisdiccional que el Reglamento Bruselas I bis establece para los procedimientos cautelares. Uno es si el Reglamento de Bruselas I bis permite solicitar la misma medida cautelar ante los tribunales de dos Estados miembros. El otro es si la obtención de medidas cautelares a través del artículo 35 está sujeta a un régimen autónomo europeo de requisitos materiales. A la primera pregunta, el TJUE responde que tal práctica está permitida, en contra de la opinión del Abogado General. Sobre el segundo punto, el TJUE no llega a aclarar si tal régimen autónomo de requisitos existe o no. Ambas respuestas están lejos de las expectativas generadas por las preguntas de la cuestión prejudicial. Este artículo ofrece un análisis general y exhaustivo de la sentencia *TOTO*, evaluando el impacto que esta haya podido tener en la interpretación del Reglamento Bruselas I bis.

Palabras clave: Reglamento de Bruselas I bis, materia civil y mercantil, ejecución, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdo de elección de foro, *litispendencia*, resoluciones inconciliables.

Summary: I. Introduction. II. Background of the case. III. A claim within the material scope of the Brussels I bis Regulation. IV. A request for the same provisional measure in two different Member States. 1. *Excursus:* The jurisdictional regime for provisional measures of the Brussels I bis Regulation. 2. Conflicting parallel provisional measures proceedings. A) Still an ongoing proceeding before Polish courts. i. Seeking coordination throughout a choice of court agreement? ii. *Lis pendens* rule. B) A Polish final decision. 3. A need to reform the Brussels I bis Regulation? V. European autonomous prerequisites to obtain provisional measures? VI. What has it changed after *TOTO*?

I. Introduction

1. Under the Brussels I bis Regulation,¹ claimants can apply for provisional measures before the court with jurisdiction on the merits, but also before other courts that do not have it.² This is the so-called double-track jurisdictional system for provisional measures,³ and its backbone is contained in Article 35. In C-581/20, TOTO,⁴ the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) faced two fundamental inquiries surrounding the jurisdictional regime for provisional measures. One is whether the Brussels I bis Regulation permits the request for the same provisional measure before the courts of two Member States. The second is if there is a European autonomous set of prerequisites to obtain provisional measures under Article 35. Besides those questions, the CJEU was also asked whether the dispute falls within the material scope of the Brussels I bis Regulation. This case note aims to provide a critical analysis of the CJEU’s answers in TOTO, assessing the relevance that this judgment has on the interpretation of the Brussels I bis Regulation.

II. Background of the case

2. The preliminary reference in TOTO originated in a contractual dispute between a consortium of two Italian companies, TOTO SpA - Costruzioni Generali and Vianini Lavori SpA (“Italian Undertakings”); and the Polish General Director for Highways. Italian Undertakings and the Polish General Director for Highways had signed a contract for the construction of an expressway in Poland.⁵ The performance of the contract was secured by a guarantee provided by a Bulgarian insurance company, Euroins AD.⁶ Upon some disagreements on the performance of the contract,⁷ Italian Undertakings requested provisional measures before the Regional Court of Warsaw (*Sąd Okręgowy w Warszawie*).⁸ They sought, among other things, an injunction restraining the Polish General Director for Highways from using the Bulgarian guarantee of the contract. However, the Polish court refused to grant this interim measure because it considered that the *fumus boni iuris* requisite had not been satisfied.⁹ Parallel to those proceedings in Poland, Italian Undertakings applied for a similar provisional measure in Bulgaria. The first Bulgarian court that received this request, the District Court of Sofia (*Sofijski gradski sad*), rejected it.¹⁰ However, Italian Undertakings were able to obtain the provisional measure on appeal.¹¹ The Polish General Director for Highways brought an appeal in cassation against the decision authorizing the provisional measure before the Bulgarian Supreme Court (*Varhoven kasatsionen sad*),¹² which decided to submit the following questions to the CJEU:

1. *Is Article 1 of [Regulation No 1215/12] to be interpreted as meaning that a case such as that described in this order for reference must be regarded in whole or in part as a civil or commercial matter within the meaning of Article 1(1) of that regulation?*
2. *After the right to make an application for provisional/protective measures has been exercised and the court having jurisdiction as to the substance of the matter has already ruled on that*

¹ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

² Opinion AG Rantos in C 581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:726, para. 31.

³ On the expression double-track jurisdictional system: On the expression “double track system”: C. HONORATI, “Provisional Measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 526

⁴ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808.

⁵ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 13.

⁶ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 14.

⁷ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 16.

⁸ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 16.

⁹ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 18.

¹⁰ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, paras. 19.

¹¹ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 20.

¹² CJEU, 6 October 2021, C-581/20, TOTO, ECLI:EU:C:2021:808, para. 26.

application, is the court seised of an application for interim relief on the same basis and under Article 35 of [Regulation No 1215/12] to be regarded as not having jurisdiction from the point at which evidence is produced that the court having jurisdiction as to the substance of the matter has given a ruling on that application?

3. If it follows from the answers to the first two questions referred that the court seised of an application under Article 35 of [Regulation No 1215/12] has jurisdiction, must the conditions for the ordering of protective measures under Article 35 of [Regulation No 1215/12] be interpreted independently? Should a provision which does not allow a protective measure to be ordered against a public body in a case such as the present one be disapplied?

III. A claim within the material scope of the Brussels I bis Regulation?

3. The Brussels I bis Regulation only applies to “civil and commercial matters”.¹³ Furthermore, the Regulation expressly excludes from its scope of application “the liability of the State for acts and omissions in the exercise of State authority (*acta iure imperii*)”.¹⁴ In *TOTO*, there were well-founded reasons to question whether the dispute fell within the material scope of the Brussels I bis Regulation. One of the parties, the Polish Public Treasury, is a State entity, and the subject matter of the contract was building a public expressway. Furthermore, Bulgarian law expressly prohibits issuing interim measures against the State or public entities.¹⁵ Therefore, it was no wonder that the Bulgarian court asked the CJEU if the Brussels I bis Regulation was applicable or not.

4. To determine whether there was an act of *iure imperii* in *TOTO*, first the CJEU examined “the nature of the legal relationships between the parties to the action or the subject matter of the action”.¹⁶ The contract was assigned to the Italian Undertakings through a public procurement launched by the Polish General Director for Highways;¹⁷ and the subject matter of the contract, building a expressway, was a public purpose.¹⁸ In the CJEU’s view, none of these elements “entail the exercise of any powers falling outside the scope of the ordinary legal rules applicable to relationships between private individuals”.¹⁹

5. The second factor taken into consideration by the CJEU were “the detailed rules governing the bringing of the action”.²⁰ The action for an interim measure was based on ordinary Bulgarian law, and for the CJEU, another sign of a non-exercise of public powers.²¹ Even if Bulgarian law prohibits the adoption of interim measures against public entities, that did “not undermine the civil and commercial nature of an action such as that in the main proceedings, within the meaning of Article 1(1) of Regulation No 1215/2012”.²² In this regard, the CJEU stated that the privilege of immunity that Bulgarian law might give is not “an obstacle for the application of Regulation No 1215/2012”.²³ Upon examining all these factors, the CJEU concluded that the dispute fell within the material scope of the Brussels I bis Regulation.²⁴

¹³ Art. 1(1) Brussels I bis Regulation.

¹⁴ This reference was introduced in the Brussels I bis Regulation upon the request of German delegation: Comments from the delegation of Germany (18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, 9474/11 ADD 7 REV 1, p. 3). It meant a codification of what the CJEU had stated in *Lechouritou*: CJEU, 15 February 2007, C-292/05, *Lechouritou*, ECLI:EU:C:2007:102.

¹⁵ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 43.

¹⁶ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 36.

¹⁷ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 41.

¹⁸ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 39.

¹⁹ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 39.

²⁰ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 36.

²¹ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 42.

²² CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 44.

²³ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 45.

²⁴ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 46.

6. In *TOTO*, the CJEU reproduces the criteria employed in previous judgments to determine if the acts of a public authority are of an *iure gestionis* or *iure imperii* nature.²⁵ The two first elements that the CJEU took into consideration correspond to the classic test that is used to determine if a dispute falls within the material scope of application of the Brussels I bis Regulation.²⁶ This is a test that might not be entirely clear, and, as AG Øe once stated, the CJUE has not always followed “a consistent distinction between ‘the legal relationship between the parties’, the ‘basis of the action brought’ and ‘the subject matter of the dispute’”.²⁷ However, *TOTO* does not contribute to making the test clearer. Concerning the State immunity that public bodies might enjoy under domestic or international law, the CJEU had already previously held that it “does not preclude the application of Regulation No 1215/2012”.²⁸

IV. A request for the same provisional measure in two different Member States

1. *Excursus*: The jurisdictional regime for provisional measures of the Brussels I bis Regulation

7. Before addressing the CJEU’s answer to the second question, it is convenient to provide a comprehensive and concise overview of the jurisdictional regime for provisional measures of the Brussels I bis Regulation. As mentioned in the introduction, the Brussels I bis Regulation contains a double-track jurisdictional system for provisional measures.²⁹

8. Claimants may apply for interim measures before the courts with jurisdiction as to the substance of the matter.³⁰ Provisional measures granted by these courts are the only ones that can be recognized and enforced in other Member States.³¹ Nonetheless, if the measures were granted *inaudita altera parte* they would have to be served on the defendant before requesting their enforcement in other Member States.³² Otherwise, the judgment containing the provisional measure would not qualify as a judgment for the purpose of the rules on recognition and enforcement of the Brussels I bis Regulation.³³

9. Besides, Article 35 establishes that courts other than those having jurisdiction on the merits may also grant provisional measures.³⁴ This article does not establish an autonomous head of jurisdic-

²⁵ In this sense: G. VAN CALSTER, “Drawing somewhat blank. The CJEU in Toto”, available at: <https://gavclaw.com/2021/10/07/drawing-somewhat-blank-the-cjeu-in-toto/> (accessed on 15 November 2021).

²⁶ CJEU, 3 September 2020, C-186/19, *Supreme Site Services*, ECLI:EU:C:2020:638,

²⁷ Opinion AG Øe in C-186/19, *Supreme Site Services*, ECLI:EU:C:2020:252, para. 84.

²⁸ CJEU, 7 May 2020, C-641/18, *Rina*, EU:C:2020:349, para. 58; CJEU, 3 September 2020, C-186/19, *Supreme Site Services*, ECLI:EU:C:2020:638, para. 60.

²⁹ CJEU, 9 September 2021, Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 31.

³⁰ CJEU, 17 November 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 40. The Commission Proposal on the Brussels I bis Regulation contained a specific provision acknowledging that courts with jurisdiction on the substance of the matter could also grant provisional measures: Art. 35 COM/2010/0748 final. However, it was removed from the final text of the Brussels I bis Regulation because some Member States considered it unnecessary: Comments from the delegation of Germany, 18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, 9474/11 ADD 7 REV 1, p. 20; and Comments from the delegation of Slovakia, 18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, 9474/11 ADD 1, p. 6.

³¹ Art. 2(a) Brussels I bis Regulation.

³² Art. 2(a) Brussels I bis Regulation.

³³ However, following Recital 33 of the Preamble, claimants could rely on the national law of the Member State to obtain recognition and enforcement of provisional measures granted *inaudita altera parte*: J. F. VAN DROOGHENBROECK AND C. DE BOE, “Les mesures provisoires et conservatoires dans le refonte du Règlement Bruxelles I bis” in E. GUINCHARD (ed.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Emile Bruylant, 2014, pp. 201 - 202.

³⁴ The existence of this second jurisdictional forum is not an innovation of the Brussels system. Before the 1968 Brussels Convention, there were some bilateral treaties which included similar provisions. See, among others: Article 9 of the Convention between Belgium and France on Jurisdiction and the Validity and Enforcement of Judgments, Arbitration Awards and Authentic Instruments, signed at Paris on 8 July 1899; Article 32 of the Convention between France and Italy on the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, signed at Rome on 3 June 1930; or Article 15(2) of the Convention between Germany and Belgium on the Mutual Recognition and Enforcement of Judgments, Arbitration Awards and Authentic Instruments in Civil and Commercial Matters, signed at Bonn on 30 June 1958.

tion.³⁵ It rather contains a reference to the domestic jurisdictional rules of the Member States.³⁶ However, this reliance on the national jurisdictional systems is not unconditional. Under the 1968 Brussels Convention, the CJEU rendered several judgments establishing certain limits to provisional measures before the courts that do not have jurisdiction on the merits. In *Supreme Site Services*, the CJEU determined that this case law remains applicable to Article 35.³⁷ The first boundary is that provisional measures have to fit within the autonomous notion of “provisional, including protective measures” as elaborated by the CJEU. According to this definition, “provisional, including protective, measures” are those “measures which, in matters within the scope of the Convention, are intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought elsewhere from the court having jurisdiction as to the substance of the matter”.³⁸ Secondly, there has to be a “real connecting link” between the provisional measures and the Member State where the measures are sought.³⁹ The “real connecting link” is established when the provisional measure is enforced in the same Member State where it was requested.⁴⁰ This is not a major issue. As already mentioned, only provisional measures granted by the courts with jurisdiction on the merits can freely circulate from one Member State to another.⁴¹

2. Conflicting parallel provisional measures proceedings

10. The existence of the double-track jurisdictional system permitted in *TOTO* the existence of parallel interim measures proceedings in Poland and Bulgaria. In general terms, what the Bulgarian Supreme Court wonders is whether it is possible to rely on both jurisdictions to apply for the same provisional measure.

11. Before *TOTO*, the CJEU had only dealt with one case involving a request for the same provisional measure in two Member States, namely C-80/00, *Italian Leather*.⁴² On that occasion, a claimant had unsuccessfully applied for a provisional measure in Germany before the Regional Court of Koblenz (*Landgericht Koblenz*).⁴³ Upon the rejection in Germany, the claimant was able to obtain the same interim measure in Italy,⁴⁴ subsequently requesting its recognition and enforcement in Germany.⁴⁵ At that stage, the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) asked the CJEU whether recognition of the Italian judgment could be denied based on Article 27(3) of the 1968 Brussels Convention (now Article 45(1)(c)).⁴⁶ This provision indicated that “a judgment shall not be recognized if the judgment is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the State in which recog-

³⁵ Differently: F. GASCÓN INCHAUSTI, “Artículo 35” in P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, F.J. MONTEIRO MURIEL (eds.), *Comentario al Reglamento (UE) no. 1215-2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I refundido*, Aranzadi, 2016, pp. 717-718.

³⁶ A.L. CALVO CARAVACA AND J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas Cautelares y el Reglamento Bruselas I-Bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 65; P. GOTTFELD, Art. 35 Brüssel Ia-VO, in W. KRÜGER AND T. RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, C.H.Beck, 2020, para. 9; C. HEINZE, “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 602; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht* (De Gruyter 2020), para. 6.285; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen: Qualification et régime en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 270.

³⁷ CJEU, 3 September 2020, C-186/19, *Supreme Site Services*, ECLI:EU:C:2020:638, para. 42.

³⁸ CJEU, 26 March 1992, C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149, para. 34.

³⁹ CJEU, 17 November 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 40; CJEU, 9 September 2021, Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 69.

⁴⁰ HESS (n 36), para. 6.285. There are other interpretations of the expression of “real connecting link”: A. NUYTS, “Provisional Measures” in A. DICKINSON AND E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, p. 99.

⁴¹ CJEU, 9 September 2021, Opinion AG Rantos in C581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 35.

⁴² CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342.

⁴³ CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, para. 19.

⁴⁴ CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, para. 21.

⁴⁵ CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, para. 23.

⁴⁶ CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, para. 26.

dition is sought". The CJEU replied affirmatively, determining that Article 27(3) could also apply in the case of two irreconcilable judgments on interim measures.⁴⁷ The coordination between the two requests for provisional measures was achieved at the enforcement stage.⁴⁸

12. Nevertheless, *Italian Leather*'s solution cannot be transposed into *TOTO*. As AG Rantos remarked, "no measure having effects that are irreconcilable with those of the Polish judgment exists yet in Bulgaria".⁴⁹ Therefore, Article 45(1)(c) would be of no help. In *TOTO*, the request for a provisional measure in Bulgaria was submitted when the proceedings in Poland had been already initiated. It is not entirely clear whether the Polish proceedings were still pending or there was already a final decision.⁵⁰ Each of those scenarios would have different solutions to prevent a secondary proceeding on provisional measures. The CJEU provides a single answer without distinguishing between them.⁵¹ Still, I will transpose the CJEU's analysis to both hypotheticals, and, on that basis, explore the available solutions for each of them.

A) Still an ongoing proceeding before Polish courts

i) Seeking coordination throughout a choice of court agreement?

13. The contract signed between Italian Undertakings and the Polish General Director for Highways contained a jurisdictional clause in favour of Polish courts.⁵² Does this clause mean that Polish courts were also exclusively competent to grant provisional measures? In other words, to which extent does a choice of court agreement prevent claimants from requesting provisional measures via Article 35? If such were the case in *TOTO*, then, according to Article 31(2) of the Brussels I bis Regulation, Bulgarian courts should have declared their lack of jurisdiction, even if they were seised before Polish courts were. The CJEU appears to be inclined to accept the possibility of giving exclusive jurisdiction to the courts of a Member State to grant interim measures.⁵³ However, the CJEU also indicates that the fact that the courts of a Member State are selected to decide on the merits does not necessarily imply that this court has also exclusive jurisdiction to grant provisional measures.⁵⁴ It might still be possible to obtain provisional measures through Article 35.⁵⁵ The availability of Article 35 would depend on the terms in which the jurisdictional clause is drafted.⁵⁶ The CJEU left to the referring Bulgarian court the task of examining whether in *TOTO* the jurisdictional clause also encompassed provisional measures.⁵⁷

14. The CJEU's reasoning seems to be guided by the principle of the parties' freedom of choice,⁵⁸ giving them the possibility to choose not only the courts that will decide on the merits, but also those that can grant provisional measures. Such approach also aligns with the interpretation that several domestic courts have made of Article 35 in the context of a choice of court agreement.⁵⁹

⁴⁷ CJEU, 6 June 2002, C-80/00, *Italian Leather*, ECLI:EU:C:2002:342, para. 52.

⁴⁸ M. PERTEGÁS SENDER AND T. GARBER, "Article 35" in U. MAGNUS AND P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I bis regulation: Commentary*, Otto Schmidt, 2016, para. 91.

⁴⁹ Opinion AG Rantos in C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 83.

⁵⁰ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 69.

⁵¹ Conversely, AG Rantos distinguished between them: Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, paras. 76.

⁵² CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 50.

⁵³ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 51.

⁵⁴ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para.51.

⁵⁵ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 51.

⁵⁶ AG Rantos was even more explicit: "which disputes are covered by the choice of forum agreement and which are not is a question of interpretation of the agreement concluded between the parties" (Opinion AG Rantos in C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 59).

⁵⁷ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 11.

⁵⁸ CJEU, 28 June 2017, C-436/16, *Leventis and Vafias*, ECLI:EU:C:2017:497, para. 33.

⁵⁹ France: Cass 1re civ 30 January 2019 – n° 17-28.992; Luxembourg: CA Luxembourg 15 November 2017 – n° 164/17. It is also a widespread interpretation among scholars: M. BROSCHE AND L. M. KAHL, 'Article 25: Jurisdiction agreements' in MARTA REQUEJO ISIDRO (ed.), *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, Edward Elgar 2022, para. 25.49; H.

II. Lis pendens rule

15. Article 29 establishes the lis pendens regime of the Brussels I bis Regulation. According to this rule, if two proceedings with the same parties, the same subject matter and the same cause of action are pending before the courts of two different Member States,⁶⁰ then, the second court seised “shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established”.⁶¹ Does the lis pendens rule also apply between two parallel provisional measures proceedings? If the answer were yes, in the case decided in *TOTO*, the Bulgarian court seised with an application for the interim measure would have had to stay the proceedings. However, on the basis of the CJEU’s answer to the second question, the lis pendens rule would not be applicable. In this answer, the CJEU gave two reasons to support the possibility of parallel proceedings. The first one is that provisional measures granted by the court with jurisdiction on the merits and provisional measures granted by other courts have different territorial effects.⁶² Furthermore, the CJEU added that the Brussels I bis Regulation “does not establish a hierarchy between these jurisdictions”.⁶³ Therefore, when one court is seised with a request for provisional measures it does not impede other courts from being seised too.⁶⁴

16. Be it as it may, the CJEU’s reasoning does not offer a convincing explanation as to why the lis pendens rule does not apply. On the one hand, the territorial limitation for provisional measures granted under Article 35 was introduced only by the Brussels I bis Regulation. There were no different territorial effects between interim measures under the 1968 Brussels Convention and under Brussels I Regulation.⁶⁵ Under the old Brussels regime, all provisional measures could be recognized and enforced in other Member States, even those granted by courts with no jurisdiction on the merits. Does this mean that the lis pendens rule would have applied under those instruments? On the other hand, the argument based on the lack of hierarchy between the jurisdictions is not convincing either. It is based on a very literal interpretation of the text of Article 35. Indeed, this provision does not say that once the court with jurisdiction as to the substance of the case is seised with an application for provisional measures, no other court could be seised with the same application; nor vice versa. Nonetheless, the lack of a hierarchy between jurisdictions has never been a criteria to determine the applicability of the lis pendens rule. What matters is determining which court is seised first.

17. The *periculum in mora* would have offered the CJEU a more persuasive argument. One of the prerequisites to obtain provisional measures is the existence of an urgency or *periculum in mora* that without such measure the outcome of the proceedings could be frustrated.⁶⁶ Such urgency could be argued to justify a derogative effect on the lis pendens rule, permitting claimants to reach several courts for provisional measures.⁶⁷ In this manner, claimants could increase their chances of obtaining the interim protection. In previous judgments, the CJEU affirmed that special jurisdiction constitutes a derogation of the general jurisdictional regime of the Brussels system.⁶⁸ The CJEU could have also

DÖRNER “Art. 25 EuGVVO“ in I. SAENGER (ed.), *Zivilprozessordnung: ZPO, Nomos 2021*, para. 22; U. MAGNUS, “Article 25” in U. MAGNUS AND P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation. Commentary*, Ottoschmidt 2017, para. 152; P. SCHLOSSER, “Art. 25 EuGVVO“ in B. HESS AND P. SCHLOSSER (eds.), *EU-Zivilprozessrecht*, C.H.Beck, 2015, para. 42.

⁶⁰ CJEU, 14 October 2004, *Mærsk Olie*, ECLI:EU:C:2004:615, para. 34.

⁶¹ Art. 29(1) Brussels I bis Regulation.

⁶² CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 11.

⁶³ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 59.

⁶⁴ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 59.

⁶⁵ T. KRUGER, “Provisional and Protective Measures” in A. NUYTS AND N. WATTÉ (eds.), *International civil litigation in Europe and relations with third States*, Bruylant, 2005, pp. 332-333.

⁶⁶ Even the CJEU acknowledged that the purpose of having a special jurisdictional rule for provisional measures is “intended to avoid causing loss to the parties as a result of the long delays inherent in any international proceedings” (CJEU, 28 April 2005, C-104/03, *St. Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255, para. 12).

⁶⁷ G. WAGNER, “Art. 27 VO 44/2001” in F. STEIN AND M. JONAS (eds.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 10: Europäisches Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck 2011, margin no. 41.

⁶⁸ CJEU, 17 November 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 42; CJEU, 28 April 2005, C-104/03, *St. Paul Dairy*, ECLI:EU:C:2005:255, para. 12.

argued that such derogation encompasses the *lis pendens* rule. A simpler solution coherent with what the CJEU had already stated.

18. Conversely, AG Rantos defended the applicability of the *lis pendens* rule.⁶⁹ In his view, in *TOTO* “it is confirmed that the Polish court was seised of the proceedings first and that the threefold identity of subject matter, parties and cause of action exists, the Bulgarian court will have to decline jurisdiction in accordance with Article 29(1) of Regulation No 1215/2012”.⁷⁰

19. AG Rantos offers, if not a better, at least a more logical line of reasoning. In his analysis, he appears to trace symmetry between Article 45(1)(c) and Article 29.⁷¹ In *Italian Leather*, the CJEU found that the ground can also apply to judgments containing provisional measures.⁷² Article 29 also aims to avoid clashes between two irreconcilable judgments, though at an earlier stage than Article 45.⁷³ AG Rantos’ solution would extend *Italian Leather*’s solution to the *lis pendens* rule. All the more, the solution proposed by AG Rantos also fits well with the interpretation that the CJEU has made of the *lis pendens* rule of the Brussels system. The CJEU has constructed an autonomous notion of the *lis pendens* rule in a broad sense.⁷⁴ It follows a functional approach, focusing on preventing irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.⁷⁵ Therefore, putting provisional measure proceedings under the umbrella of Article 29 does not seem unreasonable.⁷⁶

B) A Polish final decision

20. What would it happen if, by the time the Bulgarian court was seised, there was already a Polish final and unappealable decision on the request for the provisional measure? Would the Bulgarian court have to terminate the proceedings when it got to know about the Polish final decision? Not for the CJEU. Claimants could still ask Bulgarian courts for interim protection under Article 35. The reasons would be the same as those mentioned for the non-application of the *lis pendens* rule.⁷⁷ Conversely, for AG Rantos “if it is confirmed that the interim decision is final in Poland, it will also be able to take effect in Bulgaria and preclude (as long as the factual circumstances are the same) the adoption of another measure having the same subject matter, parties and cause of action”.⁷⁸ Under the Brussels I bis Regulation the recognition of judgments is automatic.⁷⁹ Nevertheless, this does not mean that when the Bulgarian court knows about the Polish final decision, it would have to terminate the proceedings. The formalities required by Article 37 would have to be satisfied.⁸⁰ This means that the Bulgarian court would have to be provided “an authenticated copy of the judgment and the certificate referred to in Article 53”.⁸¹

⁶⁹ Before the judgment in *TOTO* was rendered, some scholars considered that the *lis pendens* rule could be applicable to provisional measure proceedings:

⁷⁰ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 69.

⁷¹ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, paras. 77-87.

⁷² See, para. 11.

⁷³ S. FRANCO, “Article 45” in U. MAGNUS AND P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I bis regulation: Commentary*, Otto Schmidt, 2016, para. 61.

⁷⁴ CJEU, 22 October 2015, C-523/14, *Aannemingsbedrijf Aertssen*, ECLI:EU:C:2015:722, para. 39.

⁷⁵ F. GASCÓN AND G. SCHUMANN, “Lis Pendens and Res Judicata under the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure”, available at: https://eprints.ucm.es/id/eprint/68210/1/Fernando%20Gasc%C3%B3n.%20Guillermo%20Schumann.%20The%20rules%20on%20lis%20pendens%20and%20on%20res%20judicata%20in%20the%20ERCP_E-prints%20UCM..pdf (accessed on 15 November 2021), p. 5.

⁷⁶ This approach is shared by several scholars: F. EICHEL, “Art. 29 Brüssel Ia-VO” in V. VORWERK AND C. WOLF (eds.), *BeckOK ZPO*, C.H. Beck, 2021, para. 68; P. GOTTWALD, “Art. 29 Brüssel Ia-VO” in W. KRUGER AND T. RAUSCHER, *Münchener Kommentar zur ZPO 5. Auflage* C.H. Beck, 2016, para. 16; T. HARTLEY, “Jurisdiction in conflict of laws - disclosure, third-party debt and freezing orders”, *Law Quarterly Review*, 2010, p. 213.

⁷⁷ See, para. 16.

⁷⁸ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 79.

⁷⁹ Art. 36(1) Brussels I bis Regulation.

⁸⁰ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 81.

⁸¹ Opinion AG Rantos in C 581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:726, para. 81.

3. A need to reform the Brussels I bis Regulation?

21. Had the CJEU followed the solution proposed by AG Rantos, then a more coordinated jurisdictional regime for provisional measures would have emerged out of *TOTO*. However, this solution would still leave a problem unsolved, namely the risk of an over-security of the same debt via similar provisional measures granted in different Member States. In this regard, creditors would still be able to apply, under Article 35, for the provisional attachment of the debtors' assets in all Member States where the debtor has those assets. Since every application would refer to different assets, there would not be an identity between the parallel proceedings and the *lis pendens* rule would not apply.⁸² If all the proceedings are conducted *inaudita altera parte*, the debtor would not be able to argue the existence of a risk of over-security. And, if the provisional measures are finally granted, the total value of the attached assets could even bypass the amount of the claim, leaving debtors in a difficult situation.⁸³

22. *TOTO*'s value lies more in the preliminary reference that brought the case to the CJEU than on the CJEU's answer. The question posed by the Bulgarian court reveals the need to improve the coordination of the jurisdictional regime for provisional measures in the Brussels I bis Regulation.⁸⁴ The question arises as to which mechanism could bring such improvement.

23. The European legislator could reconsider the solution of the Commission Proposal on the Brussels I bis Regulation. Its Article 31 established a "communication channel" between the court seised on the merits and other courts seised for provisional measures. More precisely, the court seised for provisional measures was compelled to request information from the court seised on the merits about "all relevant circumstances of the case, such as the urgency of the measure sought or any refusal of a similar measure by the court seised as to the substance". This mechanism would not have prevented the existence of parallel proceedings on provisional measures.⁸⁵ Nonetheless, courts would have been better informed to decide whether or not grant to grant a provisional measure. For instance, if a court knows that the claimant has already obtained an interim measure in another Member State, it might consider that there is no need for an additional one because the claim is already secured. The terms in which Article 31 was drafted were rather vague without specifying more technical aspects, such as how the communication between courts would operate.⁸⁶ Eventually, the European legislator decided to remove it from the final text of the Brussels I bis Regulation.⁸⁷

24. An alternative to the Commission's solution would be the one of Heidelberg Report, which suggested that the court with jurisdiction on the merits should have the power "to discharge, to modify or to adapt to its own legal system any provisional measure granted by a court of another Member State".⁸⁸

⁸² F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero: Artículo 24 del Convenio de Bruselas*, Comares, 1998, p. 406.

⁸³ NIOCHE (n 36), pp. 291 – 292.

⁸⁴ B. HESS, "Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects" available in https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/MPILux_WP_2021_4__Reforming_Brussels_1bis_BH.pdf (accessed on 15 November 2021), p. 13.

⁸⁵ NIOCHE (n 36), p. 299.

⁸⁶ L. SANDRINI, "Coordination of substantive and interim proceedings" in F. POCAR, I. VIARENGO AND F. C. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I: Proceedings of the conference held at the University of Milan on November 25-26, 2011*, CEDAM, 2012, p. 278. The Slovakian delegation remarked on the need to improve the drafting of Article 31 in this regard: Comments from the delegation of Slovakia, 18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, 9474/11 ADD 1, p. 6.

⁸⁷ The German delegation was particularly critical of this provision. It stated that the cooperation mechanism appeared "problematic, and not only in terms of the independence of the courts. It also entails a risk of delaying proceedings, which is inconsistent with the aim of swift provisional legal protection. The new rule also creates uncertainty as to, for example, the language of communication, liability for any costs (e.g. if translations are required) and data protection. Moreover, there seems no need for a rule, as the Court's information requirements can be met by asking the parties, for application of Article 31 necessarily means that the court requested to take provisional measures be apprised of the main proceedings. In that case, it can simply ask the parties for information on the situation regarding the main proceedings" (Comments from the delegation of Germany (18101/10 JUSTCIV 239 CODEC 1587, 9474/11 ADD 7 REV 1, p. 20)).

⁸⁸ B. HESS, T. PFEIFFER AND P. SCHLOSSER, *Brussels I-regulation (EC) no 44/2001: the Heidelberg Report on the application*

This solution would have entailed a sort of centralization of the decision-making power on provisional measures on the court with jurisdiction on the merits. This solution would also be more advantageous for the party against which the provisional measures are sought. The defendant could ask for the any modification of any provisional measure granted in any Member State before the court seised on the merits.

25. Finally, it is also worth mentioning the system contained in Regulation No 655/2014, establishing a European Account Preservation Order Regulation.⁸⁹ This instrument introduced the first European provisional measure for civil and commercial matters. The measure consists of the attachment of the debtors' bank accounts. The creditor who applies for an EAPO "shall declare whether he has lodged with any other court or authority an application for an equivalent national order against the same debtor and aimed at securing the same claim or has already obtained such an order. He shall also indicate any applications for such an order which have been rejected as inadmissible or unfounded".⁹⁰ The obligation to inform the court about other provisional measures would lie on the debtor. I find this mechanism to be not the most suitable system for the Brussels I bis Regulation.⁹¹ It would be preferable to settle a cooperation mechanism between courts, as the one in the one of the Heidelberg Report.

26. Until the European legislator takes any step in this regard, in cases like *TOTO*, claimants will continue to enjoy the possibility under the Brussels I bis Regulation to seise more than one court with a request for provisional measures.

V. European autonomous prerequisites to obtain provisional measures?

27. The last of the referred questions had two sub-questions. The CJEU was asked to determine if the request for provisional measures under Article 35 is subject to European autonomous prerequisites, and whether Bulgarian law prohibiting adopting provisional measures against public entities would collide with such autonomous regime. The CJEU stated that the purpose of the Brussels I bis Regulation "is not to unify the procedural rules of the Member States, but to determine which court has jurisdiction in disputes concerning civil and commercial matters in intra-Community relations and to facilitate the enforcement of judgments".⁹² For that reason, the CJEU concluded that the Bulgarian prohibition to grant an interim measure against public authorities was compatible with Article 35.⁹³

28. The CJEU's answer does not clarify whether there is an autonomous regime of access to provisional measures under Article 35. Nevertheless, there are other CJEU judgments that suggest so. First, interim measures have to fit into the autonomous concept of "provisional, including protective measures" already referred to.⁹⁴ Moreover, if provisional measures consist of an interim payment of a sum of money, the CJEU has determined that claimants would have to provide a guarantee.⁹⁵ Some scholars have even argued that access to provisional measures through Article 35 is subject to the existence of

of regulation Brussels I in 25 member states (Study JLS/C4/2005/03), C.H. Beck, 2008, para. 914. Originally, the Commission had also embraced this solution: Green Paper on the review of Council Regulation (EC) no 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM/2009/0175 final, p. 8.

⁸⁹ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189, 27.6.2014, p. 59–92 ("EAPO Regulation").

⁹⁰ Art. 16(2) EAPO Regulation. This system is similar to the one of the ILA Principles on Provisional and Protective Measures: F. K. JUENGER, "The ILA Principles on Provisional and Protective Measures", *The American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 943.

⁹¹ A different view: PERTEGÁS SENDER AND GARBER (n 48), para. 92.

⁹² CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 68.

⁹³ CJEU, 6 October 2021, C-581/20, *TOTO*, ECLI:EU:C:2021:808, para. 69.

⁹⁴ CJEU, 26 March 1992, C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149, para. 34.

⁹⁵ CJEU, 17 November 1998, C-391/95, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 47; CJEU, 27 April 1999, C-99/96, *Mietz*, ECLI:EU:C:1999:202, para. 42.

an autonomous prerequisite of urgency.⁹⁶ Even if Article 35 does not contain an explicit reference to the urgency;⁹⁷ they argue that the *periculum in mora* can be found implicitly in the autonomous definition of provisional measures elaborated by the CJEU.⁹⁸ Nevertheless, the CJEU has not confirmed this yet.⁹⁹ In any case, this European autonomous set of prerequisites do not replace the domestic prerequisites to obtain provisional measures. They are just complementary to the domestic ones.¹⁰⁰

29. On a second point, even if the Brussels I bis Regulation does not seek the unification of the domestic civil procedural systems, this does not mean that the domestic prerequisites to access provisional measures are insulated from any interference from the regulation. The application of the Brussels I bis Regulation within the domestic civil procedural system is subject, among others, to the principle of effectiveness.¹⁰¹ According to this principle, national rules and procedures must not make the exercise of rights acknowledged by EU law “practically impossible”,¹⁰² or “excessively difficult”.¹⁰³ In the context of Article 35, if a domestic prerequisite hinders access to this jurisdiction to obtain provisional measures, such prerequisite would have to be put aside. Perhaps Bulgarian law that prohibits the rendering of provisional measures against public entities does not collide with the principle of effectiveness. Notwithstanding, it would have been helpful if the CJEU had elaborated more on its answer, at least with a reference to the principle of effectiveness.¹⁰⁴

30. In this regard, the CJEU could have taken a similar approach to the one in *Capelloni*¹⁰⁵ In this case the CJEU was asked whether some Italian domestic laws to obtain protective measures were compatible with Article 39 of the 1968 Brussels Convention (now Article 40 of the Brussels I bis Re-

⁹⁶ J. F. VAN DROOGHENBROECK, “Les contours de l’article 24 de la Convention de Bruxelles. Éléments de réflexion (1)” in R. FENTIMAN, A. NUYS, H. TAGARAS, AND N. WATTÉ (eds.), *L’espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruylant 1999, p. 262; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional”, McGraw-Hill 1996, pp. 106-107; GASCÓN INCHAUSTI (n 35), p. 704; M. E. ANCEL AND H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, L.G.D.J 2018, para. 335; PERTEGÁS SENDER AND GARBER (n 48), paras. 55-56; I. PRETELLI, “Provisional and Protective Measures in the European Civil Procedure of the Brussels I System” in V. LAZIĆ AND S. STUIJ (eds.), *Brussels Ibis regulation: Changes and challenges of the renewed procedural scheme*, T.M.C. Asser Press 2017, 105; D. TSIKRIKAS, “European Dimension of Provisional Measures” *Revue Hellenique de Droit International*, 2008, pp. 704-705. Differently: T. KRUGER, “Provisional and Protective Measures” in A. NUYS AND N. WATTÉ (eds.), *International civil litigation in Europe and relations with third States*, Bruylant 2005, p. 328.

⁹⁷ Conversely, in the equivalent provision of the Brussels II bis Regulation there is an explicit reference to the urgency: Art. 20(1) 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, OJ L 338, 23.12.2003, p. 1–29. The recast of the Brussels II bis Regulation has kept the reference to urgency: Art. 15(1) Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, ST/8214/2019/INIT, OJ L 178, 2.7.2019, p. 1–115. The CJEU has reiterated in several judgments that urgency is a prerequisites that courts have to examine when claimants apply for a provisional measure under Article 20 of the Brussels II bis Regulation: CJEU, 15 July 2010, C-256/09, *Purrucker (II)*, EU:C:2010:437, para. 77; CJEU, 23 December 2009, C-403/09 PPU, *Detiček*, ECLI:EU:C:2009:810, paras. 41–43; CJEU, 2 April 2009, C-523/07, *Korkein hallinto-oikeus* ECLI:EU:C:2009:225, para. 47 - 48; CJEU, 19 September 2018, Joined Cases C-325/18 PPU and C-375/18 PPU, *Hampshire County Council*, ECLI:EU:C:2018:739, para. 85.

⁹⁸ See, para. 9.

⁹⁹ In one occasion, the Dutch Supreme Court (*Hoge Rad*) asked the CJEU whether urgency was an autonomous prerequisite. Before the CJEU had the opportunity to address this question, the preliminary reference was withdrawn: CJEU, C-99/95, *Saueressig*, ECLI:EU:C:1996:167.

¹⁰⁰ In the decision rendered, this court examined first the prerequisites under the Spanish civil procedural system, and then, the autonomous prerequisites: Auto AP Cadiz (Sección 7a) núm. 234/2002 de 22 de mayo JUR/2002/223002.

¹⁰¹ CJEU, 4 October 2018, C-379/17, *Al Bosco*, ECLI:EU:C:2018:806, para. 17.

¹⁰² CJEU, 16 December 1976, C-33/76, *Rewe*, ECLI:EU:C:1976:188, para. 5.

¹⁰³ CJEU, 9 November 1983, C-199/82, *San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318, para. 14.

¹⁰⁴ In this sense: K. PACULA, “CJEU on provisional/protective measures requested against a public authority (potentially and/or allegedly enjoying some form of immunity) in the case TOTO, C-581/20”, available at: <https://conflictoflaws.net/2021/cjeu-on-provisional-protective-measures-requested-against-a-public-authority-potentially-and-or-allegedly-enjoying-some-form-of-immunity-in-the-case-toto-c-581-20/> (accessed on 15 November 2021).

¹⁰⁵ CJEU, 3 October 1985, C-119/84, *Capelloni*, ECLI:EU:C:1985:388, para. 21.

gulation). Article 39 authorised claimants who had already obtained an enforceable title to apply for protective measures before the courts of the Member State of enforcement while the decision authorising the enforcement of the title was being or could be appealed. The CJEU stated that whether “the national procedural law of the court hearing the proceedings is applicable to protective measures taken pursuant to Article 39 depends upon the scope of each provision of national law and upon the extent to which it is compatible with the principles laid down by Article 39”.¹⁰⁶ Article 40 of the Brussels I bis Regulation is different from Article 35.¹⁰⁷ Nonetheless, by analogy, *Capelloni* is an illustrative example of how a domestic prerequisite might not apply because it hinders access to Article 35 of the Brussels I bis Regulation.

VI. What has changed after *TOTO*?

31. The jurisdictional regime for provisional measures of the Brussels system has been largely shaped by a number of pivotal judgments which have defined the boundaries and content of this provision. C-125/79, *Denilauler* limited the recognition and enforcement of provisional measures granted *inaudita altera parte*.¹⁰⁸ C-261/90, *Reichert (II)* introduced an autonomous definition of provisional measures.¹⁰⁹ C-391/95, *Van Uden* established additional prerequisites for those measures consisting of interim payments.¹¹⁰ In which manner has *TOTO* contributed?¹¹¹ *TOTO*'s results are unsatisfactory not only because of the answers given by the CJEU; but also because of the feeble reasoning behind those answers. A more ambitious outcome could have been reached, and AG Rantos's Opinion is good proof of it. Therefore, this judgment is not likely to become a landmark case, but it might perhaps serve to remind the European legislator that there is room for improvement concerning provisional measures in the Brussels I bis Regulation.

¹⁰⁶ CJEU, 3 October 1985, C-119/84, *Capelloni*, ECLI:EU:C:1985:388, para. 21.

¹⁰⁷ Since the wording of Article 40 Brussels I bis Regulation is different from the one of Article 39 of the 1968 Brussels Convention, *Capelloni* might be no longer applicable to interpret the Brussels I bis Regulation: M. REQUEJO ISIDRO, *La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo* (2015), REDI, p. 54.

¹⁰⁸ CJEU, 21 May 1980, C-125/79, *Denilauler*, ECLI:EU:C:1980:130, para 17.

¹⁰⁹ CJEU, 26 March 1992, C-261/90, *Reichert (II)*, ECLI:EU:C:1992:149, para. 34.

¹¹⁰ CJEU, 17 November 1998, *Van Uden*, ECLI:EU:C:1998:543, para. 46.

¹¹¹ In this sense also: G. CUNIBERTI, “CJEU Rules on Parallel Interim Litigation”, available at <https://eapil.org/2021/10/07/cjeu-rules-on-parallel-interim-litigation/> (accessed on 15 November 2021); VAN CALSTER (n 25).

SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACTOS REALIZADOS EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

ON THE LAW APPLICABLE TO DETRIMENTAL ACTS

ELISA TORRALBA MENDIOLA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID 0000-0001-5813-7163

Recibido:08.12.2021/Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6728>

Resumen: En su sentencia en el asunto C-73/20 el TJUE se pronuncia de nuevo sobre la interpretación del artículo 13 del Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (artículo 16 del Reglamento 848/2015, actualmente en vigor), esta vez en relación con el artículo 12 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La conclusión del TJUE asegura el cumplimiento de los objetivos de ambos textos reglamentarios, garantizando la seguridad jurídica de los beneficiados por el acto perjudicial que actuaron de buena fe.

Palabras clave: insolvencia, acción rescisoria, Ley aplicable.

Abstract: In its judgment in Case C-73/20, the CJEU rules once again on the interpretation of article 13 of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings (article 16 of Regulation 848/2015, currently in force), this time in conjunction with article 12 of Regulation 593/2008, on the law applicable to contractual obligations. The CJEU's conclusion ensures compliance with the objectives of both regulatory texts, guaranteeing legal certainty for those who benefited from the harmful act and acted in good faith.

Keywords: insolvency, avoidance actions, applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. La sentencia del TJUE. III. Comentario. 1. Jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 13 del RPI. 2. El concurso como “puesta a prueba de las relaciones preexistentes”. 3. El RRI y la ley aplicable a la extinción del contrato. 4.- La interrelación del RPI y el RRI.

I. Introducción

1. El TJUE vuelve a ocuparse, en su sentencia de 22 de abril de 2021, en el asunto C-73/20¹ de la interpretación de la regla contenida en el artículo 13 del Reglamento 1346/2000², sobre procedimientos de insolvencia (RPI), sobre los actos perjudiciales para los intereses de los acreedores, en esta ocasión unida a la del artículo 12 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI)³.

2. El análisis del TJUE se refiere, como se indica, al RPI y no al Reglamento 2015/848⁴ (RPI bis), actualmente aplicable, dado que, por el momento en que se produjeron los hechos, es aquél el que

¹ Oeltrans, ECLI:EU:C:2021:315.

² Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

³ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), DOUE L 141, de 5 de junio de 2015. De acuerdo con su artículo 92, el RPI bis es aplicable, como regla general, a partir del 26 de junio de 2017.

debe ser tenido en cuenta. Para evitar confusiones a lo largo del texto, se va a mantener la referencia a la numeración de los artículos relevantes del RPI (el 4 y el 13) utilizada por el TJUE en su sentencia, si bien el primero de ellos se corresponde con el artículo 7 y el segundo con el artículo 16 del RPI bis y cuanto se señala en la sentencia es extensible a ambos.

3. El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el procedimiento entre ZM, administrador concursal de Oeltrans Befrachtungsgesellschaft GmbH (en adelante, Oeltrans), y E. A. Frerichs, en relación con la reintegración, por parte de esta, de un pago efectuado a su favor por Oeltrans en virtud de un contrato celebrado entre E. A. Frerichs (en adelante, Frerichs) y Tankfracht GmbH (en adelante, Tankfracht), sociedad perteneciente al grupo Oeltrans. Las sociedades del grupo estaban domiciliadas en Alemania, mientras que Frerichs lo estaba en los Países Bajos.

4. El pago en cuestión se realizó en noviembre de 2010 y en abril de 2011 el Amtsgericht Hamburg abrió un procedimiento de insolvencia contra Oeltrans. Posteriormente, el administrador concursal inicial en ese procedimiento presentó ante el Landgericht una demanda por la que se solicitaba la reintegración a la masa del importe pagado a Frerichs en nombre de Tankfracht más los intereses correspondientes, con el fundamento jurídico de la acción rescisoria concursal.

5. Al considerar que la demanda en el litigio principal estaba regulada por la ley alemana, el tribunal estimó la demanda del administrador concursal. El órgano jurisdiccional de apelación modificó la resolución del Landgericht estimando la excepción propuesta por Frerichs, basada en la prescripción de la acción, y desestimó la demanda, también sobre la base de la ley alemana. Interpuesto por ZM, nuevo administrador concursal, recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, este plantea al TJUE la cuestión prejudicial que da lugar a esta sentencia.

6. Puesto que el procedimiento de insolvencia contra Oeltrans se había abierto en Alemania, la ley por la que debía regirse era la alemana, del Estado de apertura, que se aplicaba también a las acciones rescisorias que, en su caso, pudieran ejercitarse, tal como resulta del artículo 4, 2, m) del RPI. De acuerdo con ese ordenamiento, esa acción no había prescrito (al menos así lo entiende el Bundesgerichtshof, frente a la interpretación contraria en este punto del tribunal de apelación).

7. En contra de la pretensión del demandante, Frerichs invocaba la aplicabilidad del artículo 13 del RPI y alegaba que el pago debía valorarse atendiendo al Derecho neerlandés, que no permitía en ningún caso su impugnación.

II. La sentencia del TJUE

8. En su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el TJUE recuerda que el artículo 13 del RPI prevé una excepción a la regla general de su artículo 4.1, según la cual la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento. De este modo, no se aplicará lo dispuesto en la letra m) del apartado 2 de dicho artículo 4, que entiende incluidas en el ámbito de aplicación de la *lex concursus* “las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores”, cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que tal acto está sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado en que se abra el procedimiento y que dicha ley no permite en ningún caso que se impugne el acto.

9. Esta excepción, añade, tiene por objeto proteger la confianza legítima y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos de aquel en el que se inicia el procedimiento de insolvencia, estableciendo que los actos realizados con anterioridad a su apertura seguirán estando regulados, aun

después de ésta, por el Derecho que les era aplicable en la fecha en la que se realizaron. En tanto que excepción, el artículo 13 debe interpretarse de manera estricta y su alcance no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo indicado.

10. En el caso, dado que el procedimiento de insolvencia de que se trata en el litigio principal se abrió en Alemania, la ley aplicable a dicho procedimiento y a sus efectos es, conforme al artículo 4 del RPI, la ley alemana, que determinará, en consecuencia, si el pago efectuado por Oeltrans a favor de Frerichs fue perjudicial para el conjunto de los acreedores y si, de serlo, debe ser considerado nulo.

11. Sin embargo, conforme a los objetivos perseguidos por el artículo 13 del RPI, una parte de un contrato que haya recibido un pago en cumplimiento de este debe poder contar con que la ley aplicable a ese contrato rija también ese pago, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Lo mismo sucede en el caso de que el pago no lo efectúe la otra parte contratante, sino un tercero, dado que para dicha parte es evidente que, mediante ese pago, el tercero tiene la intención de cumplir la obligación contractual de pago que incumbía a la otra parte contratante. Así pues, en ese caso, la parte de que se trate también debe poder contar con que, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, el pago en cuestión siga rigiéndose por la ley aplicable al contrato que constituye su fundamento jurídico.

12. En efecto, una parte de un contrato que se ha beneficiado de un pago efectuado por la otra parte contratante o por un tercero en cumplimiento de dicho contrato no puede razonablemente estar obligada a prever que eventualmente se abrirá un procedimiento de insolvencia contra esa otra parte contratante o ese tercero y, en su caso, en qué Estado miembro se abrirá. Una interpretación distinta del artículo 13 del RPI menoscabaría su efecto útil y sería contraria a su finalidad de proteger la confianza legítima de los beneficiarios de actos perjudiciales para los intereses de los acreedores, ya que tendría como consecuencia que tales pagos efectuados por terceros se registrarían siempre por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento de insolvencia.

13. Esta interpretación se ve confirmada por el tenor del artículo 12, 1, b del RRI, que prevé que la ley aplicable al contrato regirá, entre otras materias, el cumplimiento de las obligaciones que genere. Por tanto, del tenor de dicha disposición resulta que el cumplimiento de una obligación contractual de pago se rige por la ley aplicable al contrato que constituye el fundamento jurídico de esa obligación.

14. El RRI busca asegurar un alto grado de previsibilidad por lo que se refiere a la ley por la que se va a regir el contrato y ese objetivo se alcanza con la interpretación que se expone, ya que permite garantizar que, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, esa obligación seguirá rigiéndose por esa ley.

15. En consecuencia, el Derecho aplicable a un contrato con arreglo a este último Reglamento rige también el pago efectuado por un tercero en cumplimiento de la obligación contractual de pago que incumbe a una de las partes del contrato cuando, en el marco de un procedimiento de insolvencia, dicho pago se impugne como acto perjudicial para los intereses de los acreedores.

III. Comentario

1. Jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 13 del RPI

16. El artículo 13 del RPI es la norma de este texto que, en materia de Derecho aplicable, en más ocasiones ha suscitado la necesidad de una respuesta en vía prejudicial por parte del TJUE, sin que, sin embargo, hasta la fecha, haya tenido que ocuparse directamente de la cuestión a la que la sentencia

que aquí se comenta da respuesta (pese a lo que el TJUE consideró innecesario que el Abogado General emitiera su opinión al respecto)⁵.

17. Este precepto exige una doble condición para su aplicación: (i) que el acto cuya impugnación se pretende esté sujeto a una ley distinta de la del Estado de apertura del concurso y (ii) que dicha ley no permita en ningún caso la impugnación. La cuestión planteada en el asunto C-73/20 se refiere a la primera de ellas ya que se trata fundamentalmente de dilucidar si, rigiéndose un contrato por el Derecho neerlandés, este alcanza al tercero que, no siendo parte en la relación contractual, realizó, sin embargo, el pago con la intención de que fuera liberatorio para el deudor.

18. El TJUE tuvo que pronunciarse sobre ese requisito- la sujeción del acto impugnado a una ley distinta de la *lex concursus*- en el asunto en C- 54/16, en el que aclaró que el artículo 13 del RPI podía invocarse válidamente incluso en un supuesto en el que todos los elementos del contrato se situaban en un mismo Estado miembro y este se regía por un Derecho extranjero únicamente porque las partes lo habían designado como aplicable, con la salvedad de que la elección no fuera fraudulenta o abusiva, cuestión que correspondía comprobar al órgano jurisdiccional remitente. A juicio del TJUE, puesto que el RRI permitía la elección en tales casos, no cabía excluir el supuesto del ámbito de aplicación del artículo 13 del RPI.

19. Respecto del segundo de los requisitos, el TJUE ha aclarado que, para defender la validez de un acto que la *lex concursus* considera nulo por entender que es contrario al interés del conjunto de acreedores, el beneficiado por el mismo debe demostrar que en el caso en concreto no se cumplen las condiciones exigidas para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra él y que el artículo 13 del RPI no permite la invocación meramente abstracta del carácter no recurrible del acto según la *lex causae*⁶.

20. Esa afirmación es reiterada por el TJUE en la sentencia en el asunto C- 310/14⁷, en la que matiza que el tribunal nacional que conoce de la acción puede considerar que incumbe al demandante aportar prueba de la existencia de una disposición en virtud de la que el acto puede impugnarse, pero solo si el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente que el acto de que se trata es inimpugnable en virtud de la misma ley. En este caso se aclaró asimismo que la expresión “no permite en ningún caso que se impugne dicho acto” se refiere tanto a las disposiciones de la *lex causae* en materia de insolvencia, como a todas las disposiciones y principios generales de esta ley. Se trata, en consecuencia, de una prueba compleja, no solo por la dificultad que siempre entraña la prueba negativa, sino por la necesidad de extenderla a todo el ordenamiento jurídico *causae*, ya que cualquier disposición del mismo que permitiera la impugnación impediría prevalerse del citado artículo 13.

21. En la sentencia en el asunto C-54/16, ya citada, el TJUE se pronunció sobre la forma y los plazos para invocar el artículo 13 del RPI y estableció que a falta de armonización de los aspectos procesales en la Unión Europea corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, fijar la forma y los plazos que debe cumplir una parte para invocar el artículo 13 en un procedimiento ante sus tribunales, con el límite de que no pueden ser menos favorables que los que rigen en situaciones similares de carácter interno ni hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta,

⁵ Sobre esta jurisprudencia, ver E. TORRALBA, “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 360-378; P.A.DE MIGUEL, “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable”, *La Ley Unión Europea*, nº 50, 2017.

⁶ STJUE de 8 de junio de 2017, as- C-54/16, *Vinlys Italia*, ECLI:EU:C:2017:433. Sobre esta sentencia, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Revocatoria concursal transfronteriza y fraude de ley. (A propósito de la sentencia del TJUE C-54/16 “*Vinlys Italia*”, de 8 de junio de 2017, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, 2018, pp. 203-211; A. ESPINIELLA, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, *Vinlys Italia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 739-750.

⁷ STJUE de 15 de octubre de 2015, *Nike*, ECLI:EU:C:2015:690..

no obstante, que la excepción que establece el artículo 13 incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*.

22. En esta línea, en su sentencia en el asunto C-577/13⁸, el TJUE ya había aclarado que los requisitos de forma para el ejercicio de la acción revocatoria se rigen, a efectos de la aplicación del artículo 13, por la ley a la que esté sujeto el acto impugnado por el administrador. En esta sentencia el TJUE afirmó, además, que el artículo 13 no se aplicaba, en principio, en los casos en los que se haya efectuado un pago a un acreedor después de la apertura del concurso porque, aunque el precepto no establece límite temporal alguno, su objetivo es proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquél en el que se inicia el procedimiento y entenderlo aplicable a los actos que tienen lugar con posterioridad a su apertura iría más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin, razonamiento que enlaza con la cuestión que se resuelve en la sentencia que es objeto de este comentario. Como excepción esa afirmación no se aplica cuando el pago se produce sobre la base de un derecho real constituido antes de la apertura del procedimiento, caso en el que opera la protección del artículo 5 del RPI (8 del RPIbis).

2. El concurso como “puesta a prueba” de las relaciones preexistentes

23. La sentencia en el asunto C-73/20 pone de manifiesto la necesidad, puesta de relieve en numerosas ocasiones, de asegurar una interpretación coherente de los distintos textos emanados del legislador europeo en materia de Derecho internacional privado, sin perjuicio de que los objetivos perseguidos por cada uno de ellos no sean en todos los casos los mismos y que eso pueda dar lugar a divergencias justificadas en algunos casos.

24. En este supuesto, la coincidencia de objetivos de los textos normativos en presencia – RPI y RRI- en relación con el supuesto concreto que debe resolver el juez remitente resulta evidente, dada la decisión del legislador europeo, al regular las excepciones a la regla general en materia de ley aplicable contenidas en el RPI, de garantizar, para ciertas situaciones, la seguridad jurídica que resulta de proteger la confianza de aquellos que hubieran celebrado actos jurídicos antes de la declaración de concurso que estuvieran sujetos a un ordenamiento distinto al del Estado de apertura de éste y la voluntad del RRI de asegurar la certeza en la determinación de la ley aplicable a un contrato en el ámbito de la UE como garantía de la seguridad jurídica, para lo que el alto grado de previsibilidad de las normas de conflicto es esencial⁹. Esa certeza queda protegida si, una vez determinada la ley aplicable al contrato, este no se ve afectado por una legislación distinta más que en circunstancias excepcionales.

25. No hay que olvidar a este respecto que el concurso es la “piedra de toque” que pone a prueba las relaciones jurídicas preexistentes en las que estuviera inmerso el concursado. De este modo, el Derecho concursal no crea derechos, sino que parte de los que se hubieran creado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de acuerdo con el Derecho mercantil, civil, laboral, etc., a los que, en su caso, modifica o limita para asegurar que se cumplen los fines del concurso.

26. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, los derechos preexistentes han podido crearse con arreglo a un ordenamiento distinto de la *lex concursus*, pero resultar afectados por el procedimiento de insolvencia. Este puede interferir en el ejercicio de tales derechos, considerarlos nulos o modificarlos, con independencia del ordenamiento conforme al cual se constituyeron¹⁰. Basta imaginar

⁸ STJUE de 16 de abril de 2015, as. C- 577/13, Lutz, ECLI:EU:C:2015:227. Sobre esta sentencia, L. CARBALLO, “Hermann Lutz v. Elke Bäuerle o de la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2015.

⁹ Cdo. 16 de la Exposición de Motivos del RRI.

¹⁰ M. VIRGOS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 73-74.

el caso de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia con sujeción, por ejemplo, al Derecho neerlandés, respecto del que la *lex concursus*, en hipótesis española, permita su resolución judicial en interés del concurso (al amparo del artículo 165 de la Ley Concursal¹¹), incluso si la *lex contractus* no contemplara esa posibilidad. A la vista del artículo 4,2, e del RPI, las expectativas del cocontratante del deudor insolvente acerca de las situaciones en que su contrato pudiera verse resuelto se verán frustradas por la aplicación de la *lex concursus*, sacrificio que se impone en atención a los intereses colectivos concursales.

27. En efecto, quien celebra un contrato sujeto a Derecho neerlandés espera que éste sea el que lo rijan en todos sus aspectos y que la única posibilidad de que no se cumpla esa expectativa sea que las partes acuerden su sumisión a un ordenamiento distinto. No obstante, dados los objetivos perseguidos por el Derecho concursal, que trasciende los intereses puramente individuales y el carácter imperativo que los ordenamientos otorgan a esta rama del ordenamiento, no resulta irrazonable, desde luego más para operadores sofisticados que para los demás, tener que asumir que las situaciones de insolvencia de cada una de las partes pudieran de alguna manera modificar esa expectativa.

28. No obstante, el legislador europeo decidió salvaguardar en ciertos casos esas expectativas basadas en la confianza en que a una situación o derecho previos al concurso y sujetos a un ordenamiento extranjero pudiera seguir aplicándose este ordenamiento, lo que justifica las excepciones que recoge a la regla general del artículo 4 del RPI.

29. Eso ocurre, por ejemplo, en el artículo 5 que blindan frente a la apertura del procedimiento de insolvencia “los derechos reales de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tanto bienes concretos, como conjuntos de bienes indefinidos que varían de vez en cuando, que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro”, sin perjuicio de la posibilidad de su impugnación por la vía de la acción rescisoria. También en este caso, como en el que se analiza la sentencia que se comenta, se trata de asegurar a aquel que constituyó un derecho real sujeto a un ordenamiento distinto del que después rige el concurso, la posibilidad de ejecutar su derecho. La técnica utilizada en este caso no es conflictual, sino sustantiva, pero la finalidad perseguida no es diferente de la que encontramos en otras disposiciones que sí usan la técnica conflictual y, entre ellas, la que aquí nos ocupa: el artículo 13 del RPI¹².

30. En efecto, en el caso del artículo 13, no se impide la posibilidad de ejercer acciones rescisorias frente a actos sujetos a ordenamientos distintos de aquel vigente en el Estado de apertura del concurso (lo que ocurriría si se hubiera utilizado una técnica normativa similar a la del artículo 5 del RPI), sino que la suerte del acto en cuestión dependerá de lo que establezca el Derecho que lo rige, en el sentido siguiente: si de acuerdo con la *lex concursus*, el acto es anulable, puede, no obstante, salvar su validez si está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto que no permite “por ningún medio” que se impugne dicho acto.

31. Cuando se trata de un contrato, eso significa que si, como en el caso, este se sujeta al Derecho neerlandés y el concurso se abre en Alemania, la acción rescisoria que pudiera prever el Derecho

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE núm. 127, d e7 de mayo de 2020.

¹² También es una norma de carácter sustantivo la contenida en el artículo 7 del RPI, sobre la reserva de propiedad (artículo 10 del RPI bis). A cambio se usa la técnica conflictual en los artículos 6 (compensación), 8 (contratos sobre bienes inmuebles), 9 (sistemas de pago y mercados financieros), 10 (contratos de trabajo), 11 (derechos sometidos a registro), 14 (protección de los terceros adquirentes) y 15 (efectos del procedimiento de insolvencia sobre procedimientos en curso), correspondientes a los artículos 9, 11,12, 13, 14, 17 y 18 del RPI bis. El art. 12 del RPI (15 del RPI bis) es una norma que no debería figurar entre las destinadas a regular el Derecho aplicable, sino situarse en el artículo 2 ya que es una disposición relativa a la ubicación de los bienes a efectos de su imputación a la masa activa de uno u otro de los procedimientos de insolvencia que puedan abrirse con base en el RPI.

alemán puede resultar inoperante si el Derecho neerlandés no permite “por ningún medio” la impugnación, por ejemplo, porque el plazo para hacerlo ya ha prescrito (ténganse en cuenta a este respecto las aclaraciones ya efectuadas por el TJUE en los asuntos C-577/13 y C-54/16, citados) y no hay ninguna otra circunstancia que pueda fundamentar tal impugnación.

3. El RRI y la ley aplicable a la extinción del contrato

32. La opción del legislador del RPI es, pues, proteger la confianza legítima de quien asumió que su contrato se iba a regir por un ordenamiento distinto al de apertura del concurso y ello, además, con independencia de que dicha ley rectora se haya determinado a partir de una norma de conflicto objetiva o resulte de la voluntad de las partes, como el propio TJUE se encargó de poner de manifiesto en su sentencia en el asunto C-54/16, a la que se ha hecho referencia. En el caso que se contempla en la sentencia objeto de este comentario no se aclara cuál es la razón por la que el Derecho neerlandés debe aplicarse al contrato, ni siquiera cual era el contenido de ese contrato y las obligaciones asumidas por las partes, sino que se acepta como cuestión no debatida que aquel estaba sujeto al Derecho de los Países Bajos y lo que se discute es la extensión de ese Derecho a un acto realizado por una persona distinta de las partes contratantes.

33. La cuestión central es, entonces, el alcance de la ley rectora del contrato y si ésta solo afecta a las relaciones entre las partes del mismo o si, por el contrario, puede oponerse también a quien interviene en su ejecución. El artículo 12 del RRI establece un elenco no exhaustivo de materias que se integran en el ámbito de la *lex contractus*, entre las que se recogen los diversos modos de extinción de las obligaciones (apartado d). De este modo, es la ley rectora de cada contrato, establecida de acuerdo con el RRI, la que decide que circunstancias dan lugar a la extinción de una obligación, entre ellas los requisitos que debe cumplir un pago para ser liberatorio y si lo es el efectuado por un tercero en nombre del deudor. También será esa ley la que determine si las acciones relacionadas con el contrato están prescritas o no.

34. Existen pues, dos disposiciones potencialmente llamadas a ser aplicadas para resolver sobre la validez del pago efectuado por Oletrans: que regula la acción rescisoria concursal alemana, cuyo plazo de prescripción no ha transcurrido en opinión del Bundesgerichtshof, y la del derecho neerlandés que entiende prescrita la posibilidad de impugnar el pago efectuado y no prevé otro modo de declarar su nulidad.

4. La interrelación del RPI y el RRI

35. En este juego conjunto del RPI y el RRI la cuestión fundamental es la que el art. 12 del segundo resuelve: la de la extensión de la ley aplicable al contrato al tercero que efectúa el pago. Siendo el pago una forma de extinción de las obligaciones contractuales, es la ley que rige esa obligación la que determina si esa extinción se produce también si quien paga no es el deudor, sino un tercero y las condiciones en que ese pago se tiene que efectuar para ser liberatorio. De este modo, el tercero “interfiere” en la obligación contractual, con la consecuencia de que a su actuación se aplica la ley que rige el contrato. Nótese que quien alegaba el artículo 13 era parte en el contrato que está en el origen del pago efectuado por Oletrans y que ahora su administrador concursal pretende impugnar. Fue Oletrans quien voluntariamente intervino en una esfera contractual ajena efectuando un pago en nombre de una de las partes y que pretendía con efectos liberatorios para ésta. Las propias partes contractuales en ningún momento modificaron su marco jurídico de referencia, sino que es un tercero, ajeno a la relación inicial, quien pretende la alteración de ese marco.

36. Como se ha indicado en epígrafes anteriores, la razón que justifica las excepciones a la aplicación de la *lex concursus* admitidas por el RPI es el respeto a la confianza legítima en la aplicación de la ley que, antes del procedimiento de insolvencia, regía una determinada situación. Solo esa confianza,

con los límites fijados por el RRI, es la que debe protegerse en el marco del RPI, cuyos objetivos no parecen exigir una protección que, para las obligaciones contractuales, vaya más allá del perímetro del Derecho aplicable que resulta del RRI (fuera de él, la confianza no podría entenderse “legítima”).

37. En esa línea, la conclusión del TJUE de que el pago de tercero resulta reglado por la ley rectora del contrato al que pretende dar cumplimiento parece inobjetable. Aquel que con su pago pretende liberar a una parte del contrato sabe que, para hacerlo, tiene que respetar las condiciones y requisitos que a ese pago impone la ley rectora de aquél y quien lo recibe confía, del mismo modo, en la aplicación de esa ley no solo para determinar el efecto liberatorio sobre el deudor, sino para regular todo lo que se refiere a dicho pago, es decir, también su posible nulidad o revocación¹³.

38. En el marco de las relaciones entre partes del contrato, cuando esa confianza se pone a prueba como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia que afecta a una de ellas podría pensarse, de no haber optado el legislador europeo por la solución recogida en el artículo 13 del RPI, que es igualmente razonable para cada una asumir que la suerte de los pagos realizados en virtud del contrato ya no deba regirse por la *lex contractus*, sino por la ley rectora de la insolvencia. Esta solución supondría añadir un elemento de incertidumbre a las relaciones entre las partes, pero se trataría de una incertidumbre controlada, puesto que a todas ellas les resultará relativamente sencillo determinar *ex ante* cual es el riesgo de insolvencia de su co-contratante (entendido aquí ese riesgo desde una perspectiva de Derecho internacional privado: donde va a concursar, si lo hace, y conforme a que ordenamiento), especialmente en el marco de la Unión Europea.

39. Sin embargo, cuando, como en el caso, se trata del concurso de un tercero que, con su pago, liberó a una de las partes del contrato, resulta más dudoso que se pueda exigir a quien recibe dicho pago la previsión de la ley por la que se regiría la insolvencia del tercero. En el supuesto que se resuelve en la sentencia del TJUE, tanto Oeltrans como Tankfracht están domiciliadas en Alemania, pero piénsese en una situación en la que no fuera así y en la que, por ejemplo, la segunda lo estuviera en Francia. En ese caso, Frerichs podría tal vez prever las consecuencias que la aplicación del Derecho concursal francés tendría sobre su contrato (e incluso esto pone en duda el TJUE en su sentencia), pero no le resultaría exigible que considerase *ex ante* el riesgo que pudiera llegar a suponer el alemán para el caso de que un tercero, con COMI en Alemania, decidiera pagar la deuda de su cocontratante.

40. En el sistema del RPI, sin embargo, y a la vista de la sentencia que se comenta, ese riesgo de insolvencia sí se impone también a Frerichs: el Derecho alemán del concurso resulta de aplicación y solo dejará de hacerlo si Frerichs prueba que la ley neerlandesa rectora del contrato no permite impugnar el pago. Pese a la falta de previsibilidad mencionada, los intereses concursales se imponen, pero no resultaría proporcionado que lo hicieran sin dar opción a la aplicación del artículo 13 del RPI. Si se entendiera de otra manera se produciría la paradoja de que en un contexto en el que a Frerichs le resultaría más previsible prever el riesgo concursal de Tankfracht, se le permitiría, sin embargo, proteger el pago a partir de la aplicación de la *lex contractus*, mientras que allí donde esa previsibilidad resulta más dudosa, porque se refiere a un tercero, se le dejaría sin esa protección. A cambio, al tercero que intervino voluntariamente en la esfera contractual ajena le resulta exigible, en tanto que era previsible, que soporte las consecuencias de aplicar la *lex contractus* en los términos del artículo 13 del RPI.

41. En conclusión, el TJUE sigue determinando, a través de su jurisprudencia, los límites y los criterios en la aplicación del RPI también en relación con otros textos europeos. La sentencia en el asunto C-73/20 es un paso más en esa dirección que consolida tales criterios de manera acorde con los objetivos del RPI y la razón de ser de sus reglas.

¹³ Para una visión más crítica con la conclusión del TJUE en esta sentencia, ver A. ESPINIELLA, “Pagos transfronterizos por subrogación y posteriores a la insolvencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2021, asunto C-73/20”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, 2021.

DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL CIUDADANO EXTRANJERO Y PASAPORTE

DETERMINING THE AGE OF THE FOREIGN CITIZEN AND PASSPORT

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

Abogada del Ilustre colegio de Abogados de Murcia

Recibido:06.12.2021/Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6729>

Resumen: Este trabajo tiene por objeto de estudio el marco normativo aplicable a los extranjeros menores de 18 años que acceden a territorio español no acompañados por sus tutores legales, la determinación de su edad y la validez del pasaporte u otros documentos identificativos expedidos por las autoridades de su país de origen. El punto de partida de este estudio es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2020 que sirve, finalmente, para desmenuzar la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en orden a determinar la edad de los ciudadanos de otros países que llegan a España de forma irregular y, en consecuencia, si se trata de menores susceptibles de encontrarse bajo la protección que otorga la Ley y el Reglamento de extranjería.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados, pasaporte, determinación de la edad del ciudadano extranjero, interés superior del menor, protección de menores.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the regulatory framework applicable to MENAs, foreigners under 18 years of age who access Spanish territory unaccompanied by their legal guardians. In particular, the determination of their age and the validity of the passport or other identification documents issued by the authorities of your country of origin is examined. The starting point of the study is the judgment of the Provincial Court of Madrid of July 27, 2020 that serves, finally, to break down the case law established by the Spanish Supreme Court in order to determine the age of nationals of other countries who arrive in Spain irregularly and, consequently, if they are minors who may be under the protection granted by the Law and the Immigration Regulations.

Keywords: unaccompanied foreign minors, passport, determination of the foreign citizen's age, best interests of the child, protection of minors.

Sumario: I. Punto de partida: La sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020. II. Los MENA, fenómeno migratorio y realidad social de la España del siglo XXI. III. Determinación de la edad del ciudadano extranjero: 1. Definición de minoría de edad conforme al DIPr y a la Ley y Reglamento de extranjería. 2. Marco normativo para la determinación de edad de los MENA. 3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo toma la palabra. El pasaporte como documento válido para determinar la edad del extranjero. IV. Conclusiones finales.

I. Punto de partida: La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2020

1. La sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020¹ analiza el caso de un ciudadano nacional de Guinea que demandó ante la jurisdicción española la tutela judicial de sus derechos fundamentales, de conformidad con el art. 13 CE² con el propósito de que se declarara la validez de su pasaporte de la República de Guinea y del certificado de nacimiento expedido por las autoridades de su país. Ambos documentos evidenciaban que dicho individuo era menor de 18 años, por lo que la pretensión del ciudadano extranjero consistía en se reconociera su minoría de edad en España y evitar, con ello, su expulsión de territorio español al que llegó de forma irregular.

2. Baste indicar que el ciudadano guineano fue localizado indocumentado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español. Por este motivo, y dado que su apariencia física generaba dudas sobre su edad, fue sometido a pruebas médicas para la determinación de la edad. El Informe Médico Forense posterior a la realización de las pruebas médicas, fue concluyente al considerar que el extranjero tenía más de 18 años.

Durante la tramitación del expediente administrativo para la determinación de la edad, le fue enviado al ciudadano extranjero su pasaporte, así como su acta de nacimiento, ambos emitidos por la República de Guinea, de los que se desprendía que contaba con menos de 18 años de edad. Ante la contradicción existente entre las pruebas médicas de determinación de su edad y los documentos de identidad emitidos por las autoridades del país del extranjero, las autoridades españolas estimaron finalmente que los documentos aportados por el ciudadano guineano no cumplían los requisitos para ser considerados documentos públicos extranjeros con eficacia en España. En consecuencia, las autoridades españolas hicieron prevalecer las pruebas médicas de determinación de edad que se practicaron al extranjero y acordaron iniciar procedimiento preferente de expulsión del ciudadano guineano por considerarlo mayor de 18 años.

3. La SAP de Madrid argumenta que el pasaporte y acta de nacimiento emitidos por las autoridades del país del ciudadano extranjero se recibieron después de su llegada a territorio español y son de dudosa o carente eficacia probatoria. Y ello dado que existe contradicción entre la fecha de nacimiento que consta en los documentos emitidos por las autoridades guineanas y la facilitada por el extranjero a las autoridades españolas. Consideran igualmente los Magistrados que la fijación de la fecha de nacimiento del extranjero no se basa en datos objetivos sino en la declaración de un miembro de su familia, por lo que “cabén todas las sospechas sobre su veracidad: da la impresión de que es un documento de favor obtenido a la carta”. Por ello, la AP de Madrid otorga mayor probatorio a las pruebas médicas practicadas al ciudadano guineano y confirma la expulsión de territorio español acordada en el expediente administrativo.

4. El presente estudio tiene como objeto el análisis del régimen jurídico existente en España para la determinación de la edad de los extranjeros, así como la validez y eficacia que se otorga al pasaporte y otros documentos identificativos expedidos por las autoridades del país de origen del extranjero. Esta cuestión es especialmente relevante cuando los extranjeros llegan indocumentados a territorio español o son portadores de pasaportes u otros documentos sobre los que existen fundadas sospechas de que la edad que consta en el pasaporte no se corresponde con la edad real del extranjero o con la que aparenta.

II. Los MENA, fenómeno migratorio y realidad social de la España del siglo XXI

5. El análisis del régimen jurídico aplicable al extranjero menor no acompañado pone sobre el tapete uno de los debates más recurrentes y controvertidos, desde el punto de vista social y político, de la España del siglo XXI. Se trata del fenómeno migratorio de los MENA.

¹ SAP M 27 de julio 2020 [ECLI: ES:APM:2020:9116] y [CENDOJ 28079370142020100257].

² Art. 13 Constitución Española (BOE núm 311, de 29/12/1978): “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Conforme a lo dispuesto en el art. 189 del Reglamento de la LO 4/2000, de 20 de abril, el acrónimo MENA hace referencia a los extranjeros menores de 18 años que llegan a territorio español sin ser acompañados por un adulto responsable de ellos. Es decir, se trata de menores que son localizados a su llegada a España sin la compañía de sus tutores legales o de aquéllos responsables que correspondan según la costumbre. También se denomina MENA a cualquier menor extranjero que, una vez establecido en España, deja de estar bajo la protección de sus tutores legales³.

6. Los MENA son personas que, dada su minoría de edad y la ausencia de personas adultas que se hagan cargo de ellos, se encuentran en territorio español sin familia, lo que hace que sean menores especialmente vulnerables y susceptibles de protección⁴.

Según datos del Defensor del Pueblo y de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a fecha 31 de diciembre de 2020 en España se contabilizaron un total de 9.030 menores extranjeros no acompañados. Sin embargo, no hay cifras exactas debido a la dificultad de registrar a los MENA que llegan a nuestro país por las diferentes vías posibles⁵. Tan importante en número es la afluencia de los MENA durante los últimos años que se han convertido en uno de los colectivos prioritarios de protección dentro de las fronteras españolas.

7. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, como señala J. RODRIGUEZ RODRIGO, el principio del interés superior del menor⁶ se encuentra por encima de cualquier otro principio y debe presidir las políticas encaminadas a la protección de los MENA⁷. Es el principio que ha de inspirar toda actuación de instituciones públicas y privadas sobre los menores extranjeros, tal y como también establece el art. 139 del Reglamento que desarrolla la LO 4/2000.

En este sentido, el Parlamento Europeo, en una Resolución de fecha 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE efectúa una serie de recomendaciones a los Estados miembros y recuerda que *“un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y que la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, debe ser el principio rector de los Estados miembros y de la Unión Europea en este ámbito, respetándose así el principio esencial del interés superior del niño; recuerda que se ha de considerar que es un niño y, por tanto, menor de edad, toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad; subraya que los menores no acompañados, especialmente las niñas, son dos veces más susceptibles a los problemas y dificultades que el resto de los menores; señala que son especialmente vulnerables en la medida en que tienen las mismas necesidades que el resto de los menores y otros refugiados, con los que comparten experiencias similares (...). 2. Recuerda asimismo que el interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas”*⁸.

³ Art. 189 del Reglamento de la L.O4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por R.D 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 103, de 30/04/2011): “Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

⁴ M. VINAIXA MIQUEL, “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores de edad no acompañados = The legal age: a nightmare for the unaccompanied minors who are nationals of third countries.” CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>.

⁵ Diario ABC, 20 de octubre 2021 “Quiénes son los MENAS y cuántos hay en España” https://www.abc.es/espana/abci-quiénes-menas-cuántos-hay-espana-nsv-02110201234_noticia.html#:~:text=Ahora%2C%20la%20nueva%20reforma%20del,haya%20llegado%20con%20su%20familia.

⁶ Vid P.RODRIGUEZ MATEOS, P. JIMÉNEZ BLANCO y A. ESPINELLA MENÉNDEZ, “Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE”, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 484 y 485.

⁷ J.RODRIGUEZ RODRIGO, “Protección de los MENA que llegan a España”, *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Ed.Comares, 2019, pp. 4 y siguientes.

⁸ Resolución del Parlamento Europeo de fecha 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0387+0+DOC+XML+V0//ES>.

8. El art. 35.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero establece el régimen aplicable a los menores no acompañados, en virtud del cual: “*En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias*”⁹.

9. Los apartados 4 y 5 del art. 35 de la LO 4/2000 disponen que una vez determinada la edad del extranjero, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. Y, al mismo tiempo, el Estado español solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a su país de origen con la finalidad de adoptar la decisión relativa sobre su repatriación o sobre su permanencia en España¹⁰. No podrán ser repatriados los menores extranjeros en caso de no encontrar familiares que se hagan cargo de los mismos o en el supuesto de que no se den las condiciones para que los servicios de protección del país de origen se hagan cargo del menor.

10. De las primeras palabras del apartado 7 del art. 35 de la LO 4/2000 se desprende la consideración de residentes regulares, desde el momento en que se acuerde la no repatriación, de los menores extranjeros cuando sean finalmente tutelados en España por una Administración Pública o por cualquier otra entidad. Esto es, una vez en territorio español, si el Estado español no logra repatriar al extranjero menor a su país de origen o lugar de residencia, serán puestos a disposición de los servicios de protección de menores españoles de la Comunidad autónoma en la que se encuentren, tengan o no tengan regularizada su residencia en España. En todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia en territorio español. La autorización de residencia del MENA podrá ser renovada teniéndose en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española¹¹.

11. A la vista de esta regulación legal, que protege y otorga la autorización de residencia regular en España al menor extranjero que no logra ser repatriado a su país de origen, se explica el gran número de menores que acceden a nuestras costas de forma irregular y en condiciones humanitarias, en muchas las ocasiones, muy precarias. Existe un incentivo más a la entrada masiva de menores extranjeros a través de las fronteras españolas y es que los mismos pueden adquirir la nacionalidad española tras un año de residencia en España, siempre que hayan permanecido dos años consecutivos bajo la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano español o una institución española¹², tal y como prevé el art. 22.2c) del Código Civil¹³.

⁹ L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

¹⁰ Sobre el procedimiento de repatriación de los menores extranjeros Vid. M. ARMENTEROS LEÓN, “*La regulación del procedimiento de repatriación de los menores extranjeros en el nuevo reglamento de extranjería*”, Diario La Ley, Nº 7679, Sección Doctrina, 22 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-313, Editorial LA LEY (LA LEY 13146/2011)

¹¹ Artículos 196.4 y 196.5 del Reglamento de la LO 4/2000.

¹² A. BRAVO/I. SANTOS GONZÁLEZ, “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psycho-social Intervention*, 26, 20017, p. 58.

¹³ Art. 22.2 c) del R.D. 24 julio 1989 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763) “*Bastará el tiempo de residencia de un año para: c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuares en esta situación el momento de la solicitud*”.

III. Determinación de la edad del ciudadano extranjero

1. Definición de minoría de edad conforme al DIPr y a la Ley y Reglamento de extranjería

12. Para determinar la edad del ciudadano extranjero, es necesario partir del concepto de mayoría y minoría de edad desde el punto del Derecho Internacional Privado. La determinación de la mayor edad a efectos civiles se regula por la Ley personal del sujeto de conformidad con lo previsto en el art. 9.1 del Código Civil¹⁴. Ello quiere decir que el ciudadano extranjero se regirá por su ley nacional –ley personal- a los efectos de determinar si es mayor o menor de edad y, por tanto, si tiene capacidad de obrar a efectos civiles¹⁵. Esta cuestión tiene relevancia al considerar que son numerosos los Estados que no fijan la mayoría de edad en los 18 años sino en una edad superior. Es el caso de Guinea, por ejemplo, país en el que sus ciudadanos adquieren la mayoría de edad a los 21 años.

13. Sin embargo, la ley personal del ciudadano extranjero cede y deja de ser aplicable ante la definición de “menor extranjero no acompañado desprotegido” que ofrece el art. 189 del Reglamento que desarrolla la L.O 4/2000. Según dicho precepto, se considera menor extranjero no acompañado al menor de 18 años, con independencia de la edad a la que adquiere la mayoría de edad el ciudadano conforme a su ley nacional. Ahora bien, es preciso subrayar con énfasis que dicha definición de menor extranjero es operativa exclusivamente a efectos del Derecho de Extranjería, no a efectos civiles. En relación con tales efectos, es aplicable el citado art. 9.1 CC y la Ley nacional de la persona.

14. En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea considera a los menores extranjeros no acompañados como “*menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos*”¹⁶.

El Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación los Menores Extranjeros No Acompañados, se hace eco de la misma edad -menor de 18 años- al definir el ámbito subjetivo de aplicación del Protocolo¹⁷.

2. Marco normativo para la determinación de edad de los MENA

15. Llegados a este punto, la pregunta surge de forma natural: ¿cómo determinar la edad de un ciudadano extranjero con el fin de saber si es menor de 18 años y por tanto si es objeto de la protección para menores de edad que le ofrece la ley y el reglamento de extranjería?

Para responder a esta pregunta, el capítulo II del título XI del Reglamento de la LO 4/2000 desarrolla los requisitos, procedimiento y criterios de aplicación respecto al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en sus artículos 189 a 198. Así, el Reglamento contempla dos situaciones: en primer término, la situación del ciudadano extranjero localizado en territorio español sobre el que no se tenga duda de su minoría de edad por la documentación que porta o por su apariencia física. En este caso, se comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal y el menor extranjero será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes¹⁸.

¹⁴ Art. 9.1 del R.D. 24 julio 1989 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763): “*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior*”.

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1113-1129.

¹⁶ Art. 1 Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C221/03), DOCE C221, de 19 de julio 1997, pp23-27

¹⁷ Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm.251, de 16 de octubre de 2014).

¹⁸ J.RODRIGUEZ RODRIGO, “Protección de los MENA que llegan a España”, *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Ed.Comares, 2019, pp. 4 y siguientes.

16. En segundo lugar, diferente situación y mayores dificultades presenta el extranjero indocumentado del que no puede establecerse con seguridad su edad. En este supuesto, el Reglamento dispone que se informe a los servicios de protección de menores para que le presten la atención inmediata que precise y se encomienda al Ministerio Fiscal que disponga los medios para la determinación de la edad del extranjero. Las autoridades sanitarias realizarán, con carácter prioritario y urgente, las pruebas médicas necesarias para la determinación de la edad del extranjero.

El Reglamento de la LO 4/2000 no precisa el procedimiento a seguir para determinar la edad del extranjero. El apartado 2 del art. 190 del Reglamento se limita a impulsar el Protocolo Marco de menores extranjeros no acompañados con la finalidad de coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación. El mismo precepto se muestra claramente favorecedor del interés del menor, ya que en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, considera que el extranjero es menor si la edad más baja de dicha horquilla es inferior a los dieciocho años.

17. El Protocolo Marco al que se remite el Reglamento de extranjería dispone una serie de máximas en la determinación de la edad del extranjero. A este respecto, y como condición para la práctica de las pruebas médicas, será preciso el consentimiento previo del afectado. Igualmente, el Protocolo atribuye la realización de las pruebas médicas al personal sanitario especializado en la materia o al médico forense.

Sin embargo, el Protocolo no concreta cuáles son las pruebas que han de ser realizadas para determinar la edad, tan sólo se limita a señalar que corresponde a los facultativos médicos la elección de aquéllas, de manera que sean adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Con tal fin, es preceptivo el previo examen físico y personal del individuo. Finalmente, el facultativo emitirá un informe que exponga de manera clara y motivada las técnicas que se hayan seguido para la determinación de la edad, horquilla de edad mínima, margen de error y porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener.

El expediente de determinación de edad finaliza, tal y como precisa el Protocolo, con el decreto del Ministerio Fiscal que se pronunciará de forma motivada sobre la mayoría o minoría de edad del sujeto extranjero¹⁹.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo toma la palabra. El pasaporte como documento válido para determinar la edad del extranjero

18. El marco normativo aplicable a los menores extranjeros localizados en España resulta la mayor parte de las ocasiones dudoso e insuficiente en su aplicación práctica ya que la realidad presenta numerosos perfiles que no encuentran acople ni solución en el Reglamento que desarrolla a LO 4/2000 ni tampoco en el Protocolo Marco.

Por otro lado, el Protocolo es un documento que sirve de guía y orientación para la coordinación de todas las instituciones y Administraciones que intervienen en la localización, identificación y determinación de la edad del extranjero menor no acompañado. Sin embargo, es un documento que no tiene rango ni fuerza de ley, y en consecuencia, su aplicación resulta muy limitada.

19. La realidad muestra las diversas situaciones que pueden plantearse cuando se localiza a un nacional de otro país en España. No es extraño que se someta al extranjero presuntamente menor a pruebas médicas a pesar de que lleve consigo su pasaporte u otros documentos válidamente emitidos por las autoridades de su país que le identifican y son indicativos de su edad. Esta práctica ha dado lugar a

¹⁹ Sobre el procedimiento para la determinación de la edad de los menores extranjeros y las diferentes pruebas médicas a las que pueden ser sometidos vid. C. LAPUERTA IRIGOYEN, “La determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MENAS)”, *La Ley Penal*, N° 130, Sección Derecho Procesal Penal, Enero-Febrero 2018, Wolters Kluwer, *La Ley* n° 1802/2018.

expulsiones de ciudadanos que tienen como único fundamento el resultado de las pruebas médicas sobre determinación de edad, sin otorgar validez alguna a la documentación emitida en el país de origen que porta el sujeto.

20. Otras veces, el ciudadano extranjero no lleva consigo su pasaporte ni ninguna otra documentación indicativa de su edad en el momento de ser localizado en España, aunque los aporta al expediente administrativo sobre determinación de edad en un momento posterior, una vez que se le han realizado las pruebas médicas. Este último supuesto es el que aborda la sentencia de la AP de Madrid de 27 de julio de 2020, en la que prevalecieron las pruebas médicas de determinación de edad sobre el pasaporte y partida de nacimiento expedidos por las autoridades guineanas puesto que dicha documentación generaba sospechas sobre su veracidad y era contradictoria con los resultados de los exámenes médicos efectuados al ciudadano procedente de Guinea.

21. Se tratan todos ellos de casos en los que el sujeto extranjero dispone de pasaporte en el que consta su edad, sin embargo, dicha edad no se corresponde con la que demuestra el examen médico de tal persona. Surge entonces la duda de determinar si debe prevalecer la edad que indica el pasaporte extranjero o la edad que se obtiene tras la práctica de unas pruebas médicas, habitualmente invasivas -pruebas oseométricas, a través de radiografías de muñeca o de mano- y que no aportan certeza sobre la edad del sujeto. Es frecuente, además, que las pruebas se limiten a considerar una horquilla de años entre la que puede encontrarse esa persona en cuanto a su edad.

22. Ante la insuficiencia de normas claras y certeras para la determinación de la edad del extranjero, se alza la voz del Tribunal Supremo, que toma la palabra para resolver cómo debe ser interpretado el art. 35.3 de la L.O 4/2000.

En este sentido, la STS 23 septiembre 2014 [ciudadana nacional de Ghana con pasaporte y partida de nacimiento a la que se le practican pruebas médicas de determinación de edad] viene a sentar doctrina y determina que el pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de procedencia del ciudadano extranjero²⁰. La finalidad del pasaporte es facilitar la entrada y salida del sujeto de Estados que no sean el suyo propio. Y en cuanto a su validez, no corresponde realizarla a los funcionarios que se encargan de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país de ciudadanos extranjeros²¹. Y esto es así porque el pasaporte es válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y siempre que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular²². Circunstancia ésta que nada tiene que ver con la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero²³.

²⁰ STS, Sala Primera, Sección Pleno, 23 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2014:3818].

²¹ Un estudio de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014 puede ser consultado en D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec.280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014.

²² Sobre la “presunción de validez” del documento público emitido por autoridades extranjeras que identifica al sujeto véase M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física” pp368-376, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-23.

²³ STS, Sala Primera, Sección Pleno, 23 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2014:3818], Fundamento de Derecho Primero: “1. *El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. Como tal, vale o no vale, con o sin visado, conforme a los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, teniendo en cuenta que los artículos que se citan de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señalan sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de su titular*”.

23. La indicada STS argumenta que la correcta interpretación de la Ley y Reglamento de Extranjería conduce a no poder considerar como extranjero indocumentado al inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad. Así, el art. 25.1 de la LO 4/2000 señala como documentos válidos para entrar en España el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad del sujeto válidamente emitidos. Y el art. 6 del Reglamento Extranjería dispone que para acreditar la identidad del extranjero que pretenda entrar en España, el mismo deberá hallarse provisto de alguno de los documentos que cita el indicado precepto. Entre esos documentos se encuentra el pasaporte expedido por las autoridades competentes del país de origen, que deberá contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad del titular.

24 Por ello, tal y como afirma el TS, el menor extranjero que porte pasaporte legalmente expedido por el país de origen, cuya validez no ha sido cuestionada ni invalidada, no puede ser sometido a pruebas médicas de determinación de su edad por ser contradictoria dicha documentación con su apariencia física. La realización de dichas pruebas es considerada por el TS como *ultima ratio*, en el sentido de que sólo se acordarán tras efectuar un juicio de proporcionalidad en el que se ponderen las razones por las que se considere que el documento no es fiable²⁴.

25. La indicada doctrina del TS considera que, en cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas de determinación de la edad no pueden ser aplicadas de forma indiscriminada²⁵. Cualquier duda acerca de la minoría de edad del sujeto que esté basada en la simple contradicción con su apariencia física ha de ser resuelta a favor del menor puesto que las técnicas médicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad del individuo y es necesario valorar la situación de desamparo en la que pueden quedar los menores que no son objeto de protección por las autoridades competentes.

26. Esta doctrina jurisprudencial ha sido aplicada en otras sentencias posteriores del TS, como la STS 24 septiembre 2014²⁶ [nacional de Guinea que portaba pasaporte válidamente expedido y se le practican pruebas médicas por su discrepancia entre su apariencia y la edad que consta en el pasaporte]; 16 de enero de 2015²⁷ [nacional de Ghana que aporta pasaporte y certificado de nacimiento con posterioridad a ser localizado y se le practican pruebas médicas de determinación de edad]; 22 de mayo de 2015²⁸ [nacional de Gambia provisto de pasaporte válido y no impugnado, no obstante lo cual se le practican pruebas médicas de determinación de edad]; 3 de julio de 2015²⁹ [nacional de Ghana que portaba pasaporte cuando fue localizada pese a lo cual se le practicaron pruebas médicas sobre determinación de edad]; 1 de diciembre de 2016³⁰ [nacional de Senegal al que se practicaron pruebas médicas de determinación de edad pese a presentar pasaporte].

27. De imprescindible estudio resulta la STS 16 junio 2020 [nacional de Mali que aportó certificado de nacimiento de su país y se negó a someterse a pruebas de determinación de edad]³¹. La indicada

²⁴ Sobre el “juicio de proporcionalidad” vid. M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Comentario de las sentencias del TS de 23 y 24 de septiembre de 2014. Valor de la documentación que aportan los jóvenes extranjeros cuando dicha documentación pudiera no conciliarse con la realidad física” pp368-376, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-23.

²⁵ Vid A. DE PALMA DEL TESO Y A. GONZÁLEZ GARCÍA, “La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del TS”, *RJC*, 2015, núm.3, pp 39-65; y D. VÁZQUEZ GARCÍA, “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil. Comentario a la STS, Sala 1^a, de 23 de septiembre de 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 de septiembre de 2014 (rec.280/2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8420, de 13 de noviembre de 2014.

²⁶ STS, Sala Primera, 24 septiembre 2014 [sentencia sobre nacional de Guinea] [ECLI:ES:TS:2014:3817].

²⁷ STS, Sala Primera, 16 enero 2015 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2015:26].

²⁸ STS, Sala Primera, 22 mayo 2015 [sentencia sobre nacional de Gambia] [ECLI:ES:TS:2015:2065].

²⁹ STS, Sala Primera, 3 julio 2015 [sentencia sobre nacional de Ghana] [ECLI:ES:TS:2015:3160].

³⁰ STS, Sala Primera, 1 diciembre 2016 [sentencia sobre nacional de Senegal] [ECLI:ES:TS:2016:5227].

³¹ STS, Sala Primera, 16 junio 2020 [sentencia sobre nacional de Mali] [ECLI:ES:TS:2020:2198].

resolución judicial sintetiza el marco normativo aplicable y actualiza la doctrina de la Sala Primera en la materia. Recuerda la Magistrada Ponente que la doctrina del TS desde la aludida sentencia de 23 de septiembre de 2014 ha cristalizado y se ha incorporado al vigente art. 12.4 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)³².

Por tanto, puede afirmarse que la actual redacción del art. 12.4 de la LOPJM establece una presunción de minoría de edad de la persona extranjera hasta tanto sea determinada su edad³³. Posteriormente, si el Ministerio Fiscal considera que el pasaporte o documento equivalente del extranjero no es fiable, deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere las razones que justifican la falta de fiabilidad. Por otro lado, tampoco puede considerarse indicio decisivo para dudar de la minoría de edad afirmada por el interesado y avalada por una documentación oficial no impugnada, la negativa del sujeto a someterse a las pruebas médicas.

28. El art. 12.4 recoge de igual manera la doctrina sentada por el TS al preceptuar que las pruebas de determinación de la edad de los menores no se han de aplicar de forma indiscriminada -especialmente si son invasivas- y han de someterse al principio de celeridad. Las pruebas precisarán del previo consentimiento del afectado y habrán de llevarse a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud.

29. Excepcionalmente, y a diferencia de otros casos analizados por el Tribunal Supremo, la STS 8 junio 2015³⁴ [nacional de Nigeria indocumentada que aportó certificado de nacimiento de su país y se le practicaron pruebas médicas de determinación de edad] se pronunció a favor de la mayoría de edad de la ciudadana nigeriana. El motivo se encuentra en las discrepancias contenidas en sus declaraciones judiciales respecto a la fecha de su nacimiento, en haber quedado probado que no era fiable su certificado de nacimiento y, fundamentalmente, por haber reconocido la propia extranjera que había accedido a territorio español con pasaporte falso. Todas estas circunstancias, valoradas en su conjunto, fueron decisivas para la práctica de pruebas médicas en orden a la determinación de la edad de la ciudadana nigeriana. Y esta decisión se ajustó a la normativa de aplicación a juicio del TS, pues se trataba de una extranjera indocumentada cuya minoría de edad podía ponerse razonablemente en duda.

30. En línea con la negativa a estimar la minoría de edad del extranjero se encuentra la SAP Madrid 27 julio 2020 de la que arranca este comentario. Dicha sentencia hace prevalecer las pruebas médicas de determinación de la edad del extranjero sobre su pasaporte y Certificado de nacimiento por la falta de veracidad de la documentación aportada por el ciudadano guineano en aplicación del apartado Sexto³⁵ del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados. Dicho apartado Sexto contiene

³² Art. 12.4 L.O 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm.15, de 17/01/1996):“*Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas.(...)*”

³³ M. VINAIXA MIQUEL, “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores de edad no acompañados = The legal age: a nightmare for the unaccompanied minors who are nationals of third countries.” CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>.

³⁴ STS, Sala Primera, 8 junio 2015 [sentencia sobre nacional de Nigeria] [ECLI:ES:TS:2020:2198].

³⁵ Apartado sexto Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm.251, de 16 de octubre de 2014).. “*Documentación oficial expedida por el país de origen del menor. Si en el instante de su localización o en un momento posterior, el menor presenta documentación oficial expedida por su país de origen serán de aplicación los siguientes criterios: 1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor*”

los supuestos en que el pasaporte o documento de viaje no puede ser título suficiente para reconocer la minoría de edad del extranjero, entre los que se encuentran: los pasaportes que presenten signos de falsificación, o hayan sido alterados, corregidos o enmendados; también los que incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país de origen; o sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre edad que hayan sido realizadas a instancia del Ministerio Fiscal o se encuentren en clara disonancia con la apariencia física del interesado.

Sin embargo, la sentencia de la AP de Madrid parece apartarse de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS 23 mayo 2014 y actualizada por la STS 16 junio 2020, que gravita sobre el principio del interés superior del menor y sobre la presunción de su minoría de edad hasta tanto no se determine su edad. De la misma manera, La AP de Madrid se aleja en la citada sentencia de la doctrina del TS relativa a considerar el pasaporte válidamente emitido por el país de origen como documento oficial acreditativo de la identidad de los extranjeros en España -salvo que sea probada su falsificación o invalidado/desacreditado el pasaporte por las autoridades que lo expidieron. En definitiva, el pasaporte o documento acreditativo de la edad de la persona que no haya sido impugnado ni invalidado ha de prevalecer sobre pruebas médicas de determinación de edad que, como se ha indicado, no son todo lo certeras que sería deseable. Incluso debería prevalecer el pasaporte sobre las posibles contradicciones en las que haya podido incurrir el extranjero en sus declaraciones, tal y como afirma el TS en sentencias como la de 24 de mayo de 2021³⁶.

31. Finalmente, en el contexto de la fundamentación jurídica de la SAP de Madrid 27 julio 2020, es importante también distinguir entre la validez de los documentos emitidos por autoridades extranjeras y su eficacia a efectos procesales. Esto es, de conformidad con los art. 9 y 22 LOPJ la validez de los documentos públicos extranjeros, emitidos por sus autoridades competentes, “no está sometida a la jurisdicción española”, por lo que los tribunales españoles no pueden declarar su invalidez. Otra cosa distinta es su eficacia a los efectos de su aportación en un procedimiento judicial, en cuyo caso han de tenerse en consideración los siguientes criterios: 1) Si un instrumento legal internacional o una ley especial son aplicables, dicho instrumento o ley especial fijarán las condiciones para que el documento formalizado ante autoridad extranjera tenga fuerza de documento público en un proceso que se sigue en España (art. 323.1 LEC) ; 2) A falta de instrumento legal internacional o ley especial aplicable, los arts. 323 y 144 LEC establecen los requisitos que deben cumplir los documentos formalizados por la autoridad extranjera para ser considerados documentos públicos en un proceso que se sigue en España³⁷.

IV. Conclusiones finales

32. El criterio prioritario en materia de determinación de la edad de ciudadanos extranjeros es, en palabras de la Magistrada del TS M.A PARRA LUCÁN, la protección del menor que se encuentra en nuestro

salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). 2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del artículo 25.1 LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes: A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados. B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente. C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos. D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española. E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado. F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento. G) Incorporen datos inverosímiles. 3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.”

³⁶ STS, Sala Primera, 24 mayo 2021 [sentencia sobre nacional de Costa de Marfil] [ECLI:ES:TS:2021:2164].

³⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La importancia de saber idiomas: el art. 144 LEC y los documentos públicos otorgados en el extranjero», en <http://accursio.com/blog/>, 01-07-2021.

país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable. Por esta razón, los preceptos aplicables en estos casos – el art. 35.3 de la LO 4/2000, art. 190 del R.D 557/2011, de 20 de abril y el actual art. 12.4 LOPJM-, prevén la puesta a disposición de los servicios de protección de los menores no acompañados.

33. La interpretación de dichos textos legales ha de realizarse, siempre, bajo el prisma del interés superior del menor como máxima suprema que debe inspirar la actuación de las Administraciones Públicas e instituciones privadas en orden a la tutela y amparo del menor de edad. El interés del niño requiere de una valoración particularizada en atención a las circunstancias concurrentes de cada caso.

34. Ante las extraordinarias carencias que presenta el Derecho español de producción interna en relación con la determinación de edad del extranjero irregular, es el interés superior del menor el que debe presidir toda interpretación de la norma de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS establecida en sentencias como la de 23 de mayo de 2014 y 16 de junio de 2020. Dicha doctrina jurisprudencial ha sido incorporada al contenido del art. 12.4 de la LOPJM, de manera que el extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, por no llevar consigo su pasaporte, ser su documentación insuficiente o por su apariencia física, debe ser considerado, a efectos de la normativa española de Derecho de Extranjería, un «menor de edad» hasta que se determine su edad.

35. En cuanto al extranjero que lleve consigo su pasaporte u otro documento válidamente emitidos por las autoridades de su país o que aporte dicha documentación en un momento posterior a ser localizado, no puede ser considerado como ciudadano indocumentado. El pasaporte válidamente expedido es un documento oficial acreditativo de la identidad de los extranjeros en España así como de su nacionalidad y los tribunales españoles carecen de competencia para declarar la nulidad o falta de validez del pasaporte, salvo en casos de que se acredite que han sido falsificados.

Si existe contradicción entre el pasaporte o documentación oficial del país de origen del extranjero y su apariencia física o se ponen de manifiesto discrepancias con la edad manifestada por el propio sujeto, debe prevalecer, en principio, el pasaporte o documento oficial.

36. Sin embargo, se encuentra justificada la práctica de pruebas médicas de determinación de edad si, tras realizar un juicio de proporcionalidad que pondere todas las circunstancias concurrentes del caso, el pasaporte del extranjero no se considera lo suficientemente fiable.

A este último criterio parece ajustarse la *ratio decidendi* de la sentencia de la AP de Madrid de 27 julio 2020 [litigio sobre menor edad de nacional de Guinea]. En este sentido, cabe activar técnicas médicas no invasivas para la determinación de la edad en los casos en los que las autoridades españolas sospechen fundadamente que la edad que consta en el pasaporte no se corresponde con la edad real del sujeto. Y surgen sospechas fundadas cuando, por ejemplo, el sujeto entra en España sin pasaporte, que obtiene posteriormente por medios que generan desconfianza; cuando ha afirmado que su fecha de nacimiento es otra diferente a la que figura en su pasaporte; cuando existen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente; cuando presenten signos de falsificación y otros similares.

37. En cualquier caso, tanto para el extranjero documentado como para el indocumentado, las pruebas médicas de determinación de edad no se podrán realizar de manera indiscriminada, precisarán del previo consentimiento del afectado y habrán de realizarse con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, de conformidad con la actual redacción del art. 12.4 LOPJM.

38. Como última reflexión, el extraordinario crecimiento del fenómeno migratorio de los MENA en España revela que más allá del pasaporte o de la edad de la persona subyace el profundo deseo de las personas de alcanzar una mejor vida en países que brindan una mayor protección a los menores de edad. No hay miedo al cambio para quien nada tiene que perder y mucho puede ganar. Quizá, por ello, lo que más vale en la vida para el menor extranjero no regular en España sea algo distinto a acreditar su identidad o su edad con un pasaporte o ser sometido a pruebas médicas de incierto resultado. En esa aventura

que se inicia con el acceso de ciudadanos extranjeros a las costas españolas en condiciones precarias y muy inseguras en muchas ocasiones, la regulación jurídica del menor extranjero no acompañado será operativa exclusivamente a efectos del Derecho de Extranjería español y no a efectos civiles. En efecto: el menor extranjero que abandona su país y su familia en busca de una nueva vida, no abandonará sin embargo, a efectos civiles, su ley nacional. Sigue vigente, en este ámbito propio del Derecho internacional privado, la hermosa frase del gran PASQUALE STANISLAO MANCINI, pues la ley nacional sigue a la persona y la protege como la sombra sigue al cuerpo, “*come l’ombra al corpo*”.

PROHIBICIÓN DE CONSTITUIR UNA ADOPCIÓN *EX NOVO*
EN ESPAÑA TRAS LA *KAFALA* EN EL PAÍS DE ORIGEN:
DE NUEVO SOBRE LAS DUDAS DE INTERPRETACIÓN
[AAP CÁDIZ 1500/2020 Y AAP LOGROÑO 173/2021]*

PROHIBITION OF EX NOVO ADOPTION IN SPAIN
AFTER *KAFALA* IN THE COUNTRY OF ORIGIN: AGAIN,
ON DOUBTS OF INTERPRETATION
[AAP CÁDIZ 1500/2020 AND AAP LOGROÑO 173/2021]

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Recibido: 13.12.2021 / Aceptado: 28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6730>

Resumen: En esta contribución se da cuenta de la distinta comprensión acerca de la exigencia de la propuesta previa de la entidad pública cuando se trata de una solicitud de adopción en España de un menor marroquí sujeto a un acogimiento familiar en virtud de una *kafala* constituida en Marruecos. La aplicación del mandato del art. 19.4 LAI que prohíbe la constitución de la adopción en España cuando la ley personal del menor no contempla esta institución resulta relevante para el correcto encaje de la discutida exigencia de la propuesta previa. Fuera de las excepciones previstas en la propia norma, no cabe constituir la adopción en España en estos supuestos.

Palabras clave: *kafala*; adopción, art. 19.4 Ley de adopción internacional (LAI), propuesta previa de la entidad pública.

Abstract: This contribution reports on the different understanding of the requirement of a prior proposal from the public entity in the case of an application for adoption in Spain of a Moroccan minor subject to foster care under a *kafala* constituted in Morocco. The application of the mandate of art. 19.4 LAI that prohibits the constitution of the adoption in Spain when the personal law of the minor does not contemplate this institution is relevant for the correct fitting of the discussed requirement of the previous proposal. Apart from the exceptions provided for in the law itself, adoption in Spain cannot be constituted in these cases.

Keywords: guardianship by *kafala* and adoption, article 19.4 International Adoption Law and prior proposal of the public entity.

Sumario: I. Introducción: Elementos de discusión y antecedentes. II. Comprensión de la exigencia de la propuesta de la entidad pública a la luz de los considerandos de las audiencias provinciales de Cádiz y Logroño. 1. En el auto de la AP de Cádiz. 2. En el auto de la AP de Logroño. III. A modo de conclusión.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00: Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del derecho internacional privado español y de la Unión Europea), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Mónica GUZMÁN ZAPATER y Mónica HERRANZ BALLESTEROS.

I. Introducción: elementos de la discusión y antecedentes

1. Las resoluciones de la Audiencias Provinciales de Cádiz y de Logroño, dictadas respectivamente el 11 de diciembre de 2020¹ y el 31 de marzo de 2021², dan respuesta a un mismo problema, a saber: las condiciones que deben acreditarse para conceder o denegar la constitución de una adopción en España respecto de un menor extranjero previamente sujeto a “tutela” por *kafala* constituida en el país de origen. En ambos casos los solicitantes son residentes en España y son los tutores legales de los menores, de nacionalidad marroquí, de acuerdo con una *kafala* constituida en Marruecos, país de origen.

2. En el recurso planteado ante la Audiencia Provincial de Cádiz se analiza la decisión del Juzgado de primera instancia e instrucción que había resuelto a favor de la constitución de la adopción. El Ministerio Público se opone y recurre por entender que en la especie sí era necesaria la propuesta previa de la entidad pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 176.2 del Código civil (en adelante, C.c.)³. Los datos fácticos tomados en consideración por la Audiencia Provincial, que confirma la decisión de instancia, se resumen así: (1) se trataba de un niño abandonado respecto del cual se constituye su *Kafala* por las autoridades marroquíes competentes a favor de los solicitantes de la adopción (los *kafiles*) que lo traen a España donde el menor vive con ellos; (2) que dichos *kafiles* son titulares de la guarda y cuidado del menor; y, (3) que se dan los requisitos para la constitución *ex novo* en España de una adopción de ese menor extranjero, sin que en este caso sea necesaria la propuesta previa de la entidad pública dado que “la misma se exige solo en los supuestos de adopción de un menor en situación de desamparo”. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y confirmó en sus términos la adopción dictada por el tribunal de instancia.

3. En el recurso planteado ante la Audiencia Provincial de Logroño se analiza la decisión del el Juzgado de primera instancia e instrucción que había resuelto denegando la solicitud de adopción. El argumento de base del juzgador de instancia era la ausencia propuesta previa de la entidad pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 176.2 del C.c. En este caso, también había una *kafala* previa realizada por las autoridades competentes marroquíes respecto de un menor. Entendían los recurrentes que no habría de tomarse en cuenta lo dispuesto en el art. 176.2 C.c porque al encontrarse el menor en régimen de acogimiento familiar no era precisa la citada propuesta previa de la entidad pública⁴. La Audiencia Provincial daba la razón a los recurrentes en el sentido de que “en una interpretación finalista del art. 176.2 C.c cuando el menor extranjero está bajo tutela por *kafala* previa no se precisa la propuesta de la entidad pública para tramitar la demanda de adopción”. Ahora bien, declaró que, en la especie, no procedía autorizar la adopción por dos razones básicas: la primera, porque de acuerdo con el derecho marroquí -aplicable como ley personal del menor- la adopción está prohibida; y la segunda, porque en el caso no se actualiza la situación de desamparo del menor en España. Sobre esta base, declara que no es aplicable la excepción a la prohibición del art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional⁵ (en adelante, LAI).

¹ AAP CA de 11 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APCA:2020:1500^a.

² AAP LO de 31 de marzo de 2021. ECLI:ES:APLO:2021:173^a.

³ Art. 176.2.- *Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: (...) 3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*

⁴ Sobre esta exigencia, el auto de la AP de Logroño, objeto de este comentario, recoge en su FJ Segundo la comprensión que de este requisito realizó el Auto de la AP de Cádiz nº 72/2018, de 12 marzo 2018 sobre el art. 176 C.c. En este sentido, declara que [para constituir la adopción en España] “no se requiere propuesta previa de la entidad pública cuando el menor extranjero se encuentra en régimen de acogimiento familiar”. Ahora bien, si la situación de acogimiento viene determinada por resolución de una autoridad competente del país de origen del menor, y el menor se traslada a España y no se encuentra en situación de desamparo, en nuestro país, no es precisa la propuesta de la entidad pública. Ello no empece la desestimación de la pretensión de los solicitantes sobre la base de que la ley personal de menor es la marroquí y esta prohíbe la adopción.

⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 diciembre 2007).

4. Ambas resoluciones se unen al conjunto de decisiones judiciales dictadas en España que abordan los efectos en nuestro país de la *kafala* islámica. Un problema extensamente analizado por la doctrina de los autores⁶ tanto desde la perspectiva del Derecho internacional privado como desde el ángulo del Derecho de extranjería⁷. Ahora bien, en las resoluciones objeto de este comentario se debaten principalmente dos cuestiones: primero, si es necesaria la propuesta previa de la entidad pública cuando se solicita la constitución de una adopción respecto de un menor marroquí sujeto a *kafala* por decisión de la autoridad competente marroquí; y, segundo, el alcance de la excepción a la prohibición del art. 19.4 LAI (“excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”).

II. Comprensión de la exigencia de la propuesta previa de la entidad pública a la luz de los considerandos de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Logroño

5. Como acabamos de ver, en ambos casos se trata de dar efectos en España a un *kafala* constituida en Marruecos a los efectos de constituir una adopción en nuestro país. En ambos casos, el menor tiene nacionalidad marroquí y ya está residiendo en España. En ninguno de los casos se nos indica la nacionalidad de los solicitantes de la adopción.

6. En el caso sometido a la AP de Cádiz se había acordado la adopción por el juzgador de instancia confirmando la Audiencia Provincial dicha decisión y declarando que no es precisa la propuesta previa de la entidad pública. En el caso sometido a la AP de Logroño el juzgador de instancia deniega la solicitud de adopción por no constar la propuesta previa de la entidad pública y porque en la especie

⁶ Entre otras, sin ánimo exhaustivo, en la doctrina española: S. ADROHER BIOSCA, “Kafala y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 13(1), marzo 2021, pp. 694-701; C. CORDERO ÁLVAREZ, “Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XII, 2012, pp. 455-489; DIAGO DIAGO, M.P., La “Kafala islámica en España”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2(1), marzo 2010, pp. 140-164; 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” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 12(2), octubre 2020, pp. 1036-1043; M. HERRANZ BALLESTEROS, “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”, en *Cuadernos de Derechos Transnacional*, nº 13(2), octubre 2021, pp. 778-783; N. KOUMOUTZIS, “The Islamic prohibition of adoption as limitation of the right to respect for family life (Article 8 ECHR) - revisiting ECtHR Harroudj v France, nº 43631/09, 4 October 2012”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* nº 13(1), marzo 2021, pp. 939-965; N. MARCHAL ESCALONA, “Les problèmes actuels de reconnaissance de la Kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, en *Paix et Sécurité Internationales*, Nº 4, 2016, pp. 197-230; Id., “La Kafala, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo (1)”, en *La Ley Unión Europea*, Nº 71, 30 junio 2019; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Protección del menor venido a España en kafala: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Blog FIIAPP, 2009; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Eficacia de la kafala en el ordenamiento español”, en *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Blog FIIAPP, 2009; Id., “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la “Kafala””, en *Revista General de Derecho*, Nº 667, 2000, pp. 4419-4448; 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”, en *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 389-415; M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de Kafala y ley nacional del adoptando”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 10(2), octubre 2018, pp. 931-946; C. RUIZ SUTIL, “La mujer kafala y la recepción de la Kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista Clepsidra*, 16, 2017, pp. 145-166.

⁷ Como medida de protección del menor extranjero, y presuponiendo que el menor ha sido trasladado a España, las normas de extranjería de los dos países concernidos (de origen y destino) intervienen debiendo tomarse en cuenta las exigencias de salida y entrada respectivamente. En particular, S. ADROHER BIOSCA en su comentario “Kafala y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020, de 10 de junio”, *op. cit.* Desde el mismo ángulo, pero centrada en el examen de la STS de 9 diciembre 2011 y la reagrupación familiar solicitada por el representante legal del menor, *vid.*, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuestiones de derecho de extranjería en la kafala de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado* (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Dirs.), Vol. 2, Colección “Derecho y Letras”, Nº 1, Murcia, 2019, pp. 475-488. Con una perspectiva histórica, el monográfico de la *Revista Española de Derecho internacional privado* (REDI) de 1999 dedicado a la *Cooperación para el desarrollo y Derechos Humanos en la cuenca mediterránea*, Sección “Inmigración y Conflictos de Culturas” y ahí los trabajos de S. ADROHER BIOSCA, “Adopción de menores africanos en Europa”, *op.cit.*, pp. 143-154 y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y Kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *op.cit.*, pp. 195-208.

no se trata ni de un acogimiento preadoptivo constituido por la autoridad española a instancias de la entidad pública ni se dan los requisitos del art. 176 C.c en cuanto al transcurso del tiempo suficiente para entender que no es necesaria ya la intervención de la Administración (FJ 1). Difiere la AP de Logroño del razonamiento de su homóloga de Cádiz y deniega la constitución de la adopción sobre la base del art. 19.4 LAI que impide tal constitución en España cuando la ley personal de menor prohíba o no contemple la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública que, en la especie, no se actualiza.

1. En el auto de la AP de Cádiz

7. La oposición de la Fiscalía en el caso sometido a la AP de Cádiz se sustenta en pronunciamientos anteriores de la misma Sala de 12 de marzo de 2018 y 27 de noviembre de 2020, respectivamente, en los que se insiste en que la *kafala*, como institución desconocida en el Derecho español, debe calificarse “por la función” como equivalente al acogimiento familiar⁸ y que, habiendo sido válidamente constituida en el extranjero, “nunca podrá ser reconocida en España como adopción sino como acogimiento familiar”. Más cuestionable resultan las referencias a los artículos 18 y 19 LAI pues no parece dudoso la imperatividad del mandato del art. 19.4 LAI (que incomprensiblemente obvia la decisión judicial). De la lectura de los fundamentos jurídicos parece que AP de Cádiz toma en consideración la calificación material como acogimiento familiar y, obviando lo dispuesto en el art. 19.4 LAI, declara que, en este caso, de conformidad con el art. 176 Cc no se requiere la propuesta previa de la entidad pública y, en consecuencia, autoriza la adopción. Una interpretación criticable en la medida en que desconoce la imperatividad de la norma de conflicto española⁹.

8. La doctrina ha tenido ocasión de analizar el alcance de la imperatividad de este mandato a la luz de los criterios de la Fiscalía General del Estado en su Dictamen 3/2016¹⁰. Resulta relevante el comentario de M. HERRANZ BALLESTEROS al Auto de la misma Audiencia Provincial dictado 11 meses después y que sigue en lo esencial el razonamiento de este que ahora se comenta. La cuestión nuclear de la norma prohibitiva es evitar situaciones claudicantes y, por ello, se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba. Ahora bien, esta prohibición ¿requiere que el menor conserve la nacionalidad de origen o no? Por el juego de las normas sobre atribución de la nacionalidad española, si los solicitantes de la adopción del menor son españoles entonces el menor adquirirá la nacionalidad española a resultas de la adopción por la vía del art. 19.1 C.c. La Fiscalía General, en su Dictamen, parece entender que, si a resultas de la adopción el menor adquiere la nacionalidad española, entonces la adopción se rige la ley española de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 LAI. Esta conclusión abocaría a una aplicación anticipada de la ley española (como ley personal del menor) cuestión que, de acuerdo con algún sector doctrinal, no parece adecuada¹¹.

⁸ Citando la Resolución-Circular de 15 de julio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE, núm. 207, de 30 agosto 2006). En este sentido, y para la correspondencia de efectos de acuerdo con la redacción del art. 9.5IV C. civil a la sazón vigente), la DGRN puntualiza que dicha institución desarrolla en el ordenamiento jurídico extranjero una función similar a la que despliega el acogimiento familiar en el ordenamiento jurídico español. A saber, la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de “velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio –acogimiento familiar simple–, bien con carácter permanente –acogimiento familiar permanente–, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres”. Citando al efecto los arts. 173 y 173bis C.C. y las Resoluciones de 14 mayo 1992, 18 octubre 1993, 13 octubre 1995 y 1 febrero de 1996. En definitiva, para la DGRN “dada su similitud funcional, la *kafala* puede considerarse en España como un acogimiento familiar”.

⁹ Estamos de acuerdo con la crítica realizada por M. Guzmán Zapater respecto de la aplicación del art. 18 LAI sin atender el mandato del art. 19.4 LAI: 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”, *op. cit.*, p. 1042.

¹⁰ 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*. Consulta en: <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/menores>.

¹¹ Compartimos la opinión acerca de la aplicación anticipada de la ley española que apunta M. HERRANZ BALLESTEROS en

2. En el auto de la AP de Logroño

9. En el Auto de la AP de Logroño, la duda sobre la exigencia o no de la propuesta previa se diluye, y despeja, en el FJ Segundo titulado “Prohibición de la adopción”. La Audiencia transcribe literalmente el auto de la AP de Barcelona número 220/2020 de 10 junio 2020¹² y desestima el recurso. Recordemos que en la instancia no se admitió la demanda de adopción porque se entendió que los solicitantes (adoptantes) debían tener un certificado de idoneidad (es decir, la propuesta previa de la entidad pública) a lo que se oponen los recurrentes con fundamento en que no es necesario dicha propuesta de acuerdo con el art. 176 C.c.

10. El análisis de la prohibición del artículo 19.4 LAI -realizado por la AP de Logroño por referencia a la doctrina de la AP de Barcelona- resulta en este caso pertinente y tiene apoyo en pronunciamientos anteriores de la misma Audiencia que daban respuesta al mismo supuesto. La comprensión de la limitación del mencionado precepto realizada por la AP de Barcelona (y tomada en cuenta como fundamento jurídico para su Fallo por la AP de Logroño) se resume así: (1) se requiere que el menor conserve su nacionalidad para que sea aplicable la prohibición; (2) no es posible tramitar la demandada cuando hay una *kafala* previa y es aplicable la ley nacional del adoptando que prohíbe la adopción sucesiva; y (3) solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España o si se acompaña el certificado de idoneidad (para el caso de adopciones en el extranjero). ”

11. A) Sobre los dos primeros requisitos exigibles para que sea aplicable la prohibición conviene realizar alguna observación. La conservación de la nacionalidad de origen ha de entenderse referida al momento en que se pide la adopción. Como ha señalado S. ADROHER, la obtención de la nacionalidad española puede ser muy relevante en caso de posterior ofrecimiento (el subrayado es nuestro) para una adopción ante el juez español, tal y como ha señalado el FGE en su Dictamen 3/2016. Ahora bien, para saber si el menor conserva su nacionalidad tras la constitución de la *kafala*, ha de acudir a las normas de nacionalidad de su Estado de origen en consonancia con las normas españolas de atribución y adquisición de la nacionalidad. En efecto, “ni la *kafala* atribuye *ex lege* la nacionalidad española al *kafil* si el *makful* (el menor) es español toda vez que no puede ser calificada de adopción, ni tampoco se daría el caso del derecho de opción del art. 20 C.c porque el *kafil* no ostenta la patria potestad sobre el menor¹³. Sin embargo, sí cabría la posibilidad de adquisición por residencia de un año en España, transcurridos dos años consecutivos, al amparo de lo dispuesto en el art. 22.2 apartado c) del Código civil. Si bien, debe notarse que la norma de nacionalidad otorga el beneficio de la reducción del periodo de residencia, si la sujeción al acogimiento lo fuera a un ciudadano español o institución española, requisito que no se cumplirá cuando quienes soliciten la adopción (los *kafiles*) sean ciudadanos extranjeros.

12. B) Sobre el tercer requisito (solo es posible tramitar la adopción si el menor está desamparado en España), también conviene hacer alguna puntualización. El auto sostiene que “afortunadamente, el menor no se encuentra en situación de desamparo ni está tutelado por la Administración, como ponen de manifiesto las manifestaciones de los propios recurrentes”. En dichas circunstancias, entiende la AP de Logroño que al no estar (el menor) en situación de desamparo en nuestro país y contar con la debida protección el certificado de idoneidad no es exigible, pues “no es sujeto de un procedimiento de adopción internacional que requiera el certificado de idoneidad” (FJ Segundo *in fine*). En efecto, el artículo 176 C.c. se refiere a la adopción nacional y a la exigencia del certificado de idoneidad para el ejercicio de la

su contribución ya citada “Tratamiento de la *Kafala* en España y posterior constitución de una adopción...” *op.cit.*, p. 783. Con mayor contundencia se pronuncia M. GUZMÁN ZAPATER (*vid.*, “*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”, *op. cit.*, p. 1042) y su crítica en su comentario al Auto de la AP de León, en relación con la aplicación del art. 18 LAI obviando el mandato del art. 19.4 LAI.

¹² Sobre este auto, véase el comentario de S. ADROHER BIOSCA, “*Kafala* y adopción. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio”, *op. cit.*, pp. 694-701. En particular, sus observaciones sobre la *kafala* en el derecho de extranjería y de la nacionalidad española, pp. 698-700.

¹³ Véase, S. ADROHER BIOSCA, *op.cit.*, p. 700.

patria potestad resultante de la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes, con varias excepciones al mismo. Ahora bien, no cabe olvidar que para constituir *ex novo* una adopción de un menor extranjero que se encuentra en España en régimen de acogimiento familiar debemos volver a lo dispuesto en el art. 19.4 LAI que, recordemos, prohíbe la constitución de la adopción cuando la ley nacional del adoptando prohíbe o desconoce la adopción, “excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”. Por consiguiente, es la situación de desamparo del menor extranjero en España y tutelado por la Administración Pública el presupuesto para que la excepción mencionada se active.

13. Obsérvese la distinta comprensión de los efectos de la constitución de la *kafala* en sede de adopción (prohibición del art. 19.4 LAI y su excepción) frente a su examen en sede de extranjería, en concreto, cuando se trata de obtener un visado por reagrupación familiar. Como ya tuvimos ocasión de examinar en el comentario a la STS de 9 de diciembre de 2011¹⁴, en el ámbito del derecho de extranjería el reconocimiento de efectos a la *kafala* se circunscribe al marco de actuación que le es propio: la entrada del extranjero en el territorio y consecuentemente la expedición de un visado de entrada. Cuando el representante legal del menor es el *kafil*, el Cónsul español ha de distinguir, en el examen de la solicitud del visado por reagrupación familiar, las diferencias entre la constitución de la *kafala* y sus efectos según hayan intervenido o no los padres biológicos. En este sentido, las Instrucciones DGI/SGRJ/07/2007 y DGI/SGRJ/01/2008 aportan los elementos de control y verificación: si la *kafala* se hubiera constituido con intervención de los padres biológicos del menor, la entrada del menor seguirá lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de Extranjería (en su redacción dada por RD 2393/2004, hoy artículo 187 RD 577/2011); si el niño es huérfano o ha sido declarado abandonado por las autoridades extranjeras competentes, sin que se hubiera producido la intervención de los padres, se considera al *kafil* como representante legal del menor y por consiguiente se podrá tramitar un visado por reagrupación familiar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 c) de la LO 4/2000 (Ley de extranjería).

14. Pues bien, la cuestión interesante radica en constatar que mientras las autoridades consulares en la expedición de los visados por reagrupación familiar deben considerar si el menor fue declarado en situación de abandono en el país de origen para entender que el *kafil* es el representante legal del menor y autorizar así el visado por reagrupación, esta circunstancia no se tendrá en cuenta en sede de adopción, a tenor de la interpretación del art. 19.4 LAI, siempre y cuando el menor siga ostentando la nacionalidad de origen y la legislación de dicha nacionalidad no reconozca la institución de la adopción. Tiene sentido esta interpretación puesto que la referencia a la ley nacional del menor (ley personal ex art. 9.1 C.c) es imperativa. Dados los términos del precepto y la interpretación de la AP de Logroño, así como el Dictamen FGE 3/2016, se trata de respetar las legislaciones nacionales de países islámicos que mantienen la prohibición y, en consecuencia, asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas (evitar situaciones claudicantes¹⁵), cuestión que para la aplicación de las normas de DIPr es principal.

III. A modo de conclusión

15. La exigencia o no de la propuesta previa de la entidad pública en sede de la adopción de un menor extranjero residente en España respecto del que se ha constituido una *kafala* en su país de origen ha sido el trasunto de las decisiones objeto de este comentario (autos de la AP de Cádiz de 11 de diciembre de 2020 y de la AP de Logroño de 31 de marzo de 2021). El enfoque de las consecuencias o

¹⁴ Véase, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuestiones de derecho de extranjería en la *kafala* de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado* (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Dirs.), *op.cit.*, p. 479.

¹⁵ Como ha puntualizado la doctrina española en sus comentarios a esta institución a la luz de las sentencias que han sido objeto de interpretación. Para el propósito de este comentario, nos remitimos a las observaciones de M. GUZMÁN ZAPATER, “*Kafala* y derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007...”, *op. cit.*, p. 1042.

efectos de la *kafala* islámica en países donde no existe la institución de la adopción es relevante para el ordenamiento jurídico español a la hora de valorar los requisitos de la adopción solicitada en España por los *kafiles*. La AP de Cádiz se centra en el examen de los requisitos de la adopción en sede del artículo 176.2 C.c entendiéndolo que la situación en que se encuentra el menor en España, a resultas de la *kafala*, es equivalente al acogimiento familiar y es por lo que aplica directamente la norma material española y se apoya en su auto de 12 de marzo de 2018. Este enfoque es criticable pues ha obviado la prohibición del artículo 19.4 LAI, aplicable en la especie toda vez que se trata la constitución en España de una adopción de un menor extranjero sujeto a *kafala* por decisión de la autoridad competente marroquí siendo que el Derecho marroquí (ley aplicable al menor) no reconoce la institución de la adopción. Una interpretación a nuestro parecer errónea pues al obviar la aplicación de la norma de conflicto española (prohibición de la adopción en los términos ya examinados) va a provocar “una adopción claudicante”.

16. El enfoque de la AP de Logroño entiende que es la resolución dictada en el país de origen la que debe tomarse en consideración para determinar, en primer término, su equivalencia con la institución española del acogimiento familiar. A partir de este dato y de los informes y declaraciones de los solicitantes, toma en cuenta la prohibición del art. 19.4 LAI, para determinar si, en la especie, existe o no una situación de desamparo del menor y bajo tutela de la institución protectora española, único supuesto en el que cabría una adopción *ex novo* en España sin que sea precisa la propuesta de la entidad pública. Al contrastar la situación del menor y declarar que ni está en situación de desamparo ni está tutelado por la administración, toma en cuenta su ley personal (marroquí) que prohíbe la adopción y aplica el mandato prohibitivo de la LAI.

17. En nuestra opinión, este segundo argumento es el correcto tanto desde la perspectiva formal del mandato del art. 19.4 LAI como por la finalidad de las normas de Derecho internacional privado. Asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas privadas es coherente con el interés superior del menor que ha quedado satisfecho correctamente con los derechos que le posibilita el acogimiento familiar en España.

CONGRESOS

**Congresos internacionales dirigidos
por la profesora Juliana Rodríguez**

EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RUMANO EN MATERIA DE RELACIONES FAMILIARES*

THE PUBLIC ORDER IN THE ROMANIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN FAMILY MATTERS

NADIA-CERASEALA ANITEI

*Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas
Universidad "DUNÁREA DE JOS", Galați*

Recibido:28.09.2021/Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6731>

Resumen: El orden público de derecho internacional privado del derecho rumano en el ámbito de las relaciones familiares se encuentra en las disposiciones: del Código Civil rumano (contiene disposiciones de derecho sustantivo y disposiciones de derecho internacional privado), pero también en las disposiciones del Código de procedimiento Civil (como ejemplificaremos y ejemplificaremos durante el presente estudio); en una serie de disposiciones del derecho europeo (especialmente las normativas europeas, de aplicación inmediata, directa y con prioridad en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros) pero también las disposiciones del derecho internacional privado en todo el mundo. Más adelante analizaremos las particularizaciones del orden público con un elemento de extranjería en el campo de las relaciones familiares en los textos del Código civil rumano en el Capítulo II denominado "Familia" (artículo 2585-artículo 2612) del Libro VII, titulado "*Disposiciones de derecho internacional privado*" (artículo 2557- artículo 2663) sino también de una serie de reglamentos europeos en los que las disposiciones del Código Civil rumano encuentran en gran medida su correspondencia.

Palabras clave: Derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares, Código civil rumano, "Disposiciones de derecho internacional privado" (artículo 2557- artículo 2663).

Abstract: The private international law public order of Romanian law in the field of family relations is found in the provisions: of the Romanian Civil Code (contains provisions of substantive law and provisions of private international law), but also in the provisions of the Code of Procedure Civil (as we will exemplify and exemplify during the present study); in a series of provisions of European law (especially European regulations, of immediate, direct application and with priority in the legal order of the Member States) but also the provisions of private international law throughout the world.

Later we will analyze the particularizations of public order with an element of foreigners in the field of family relations in the texts of the Romanian Civil Code in Chapter II called „Family” (article 2585-article 2612) of Book VII, entitled „Dispositions of private international law” (article 2557-article 2663) but also of a series of European regulations in which the provisions of the Romanian Civil Code largely find their correspondence.

Keywords: Romanian Private international law in family matters, provisions of private international law (article 2557-2663).

*Este trabajo se corresponde con la comunicación presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre "Orden público europeo en Derecho de familia" dirigido por la profesora Juliana Rodríguez Rodríguez, profesora titular de Derecho Internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

I. El orden público en el derecho internacional privado en las relaciones familiares

1. Este trabajo responderá a las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el ámbito del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares?
- ¿Cómo se protege el matrimonio por la intervención de las normas del orden público de derecho internacional privado rumano?
- ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en la cuestión de los efectos jurídicos del matrimonio?
- ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de divorcio?
- ¿Qué presupone la protección del orden público del derecho internacional privado rumano en materia de adopción?
- ¿Qué presupone la protección del orden público del derecho internacional privado rumano en materia de patria potestad?
- ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de obligación alimenticia?

II. Orden público de derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares

1. Informaciones preliminares

2. El orden público de derecho internacional privado del derecho rumano en el campo de las relaciones familiares se encuentra en las disposiciones del: Código civil rumano (contiene disposiciones de derecho material, así como disposiciones de derecho internacional privado), pero también en las disposiciones del Código de procedimiento civil (como ejemplificamos y ejemplificaremos durante el estudio); en una serie de disposiciones del derecho europeo (en particular, la normativa europea, de aplicación inmediata, directa y con prioridad en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros), pero también en las disposiciones del derecho internacional privado en todo el mundo.

Analizaremos con más detalle las particularizaciones del orden público con un elemento de extranjería en el campo de las relaciones familiares en los textos del Código civil rumano en el Capítulo II denominado "Familia" (artículo 2585-artículo 2612) del Libro VII, titulado "*Disposiciones de derecho internacional privado*" (artículo 2557-artículo 2663).

2. ¿Cuál es el ámbito del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares?

3. La *Doctrina rumana* de derecho internacional privado¹ y el Código civil rumano en la noción de *ley aplicable a las relaciones familiares incluyen*: compromiso, matrimonio², efectos generales

¹ N-C. ANITEI, "Marriage in Romanian Private International Law", Editorial Lambert, Mauritius 2020, págs. 200. <https://www.amazon.com/Marriage-Romanian-Private-International-Law/dp/6202529415> ; I.P. FILIPESCU/A.I. FILIPESCU, "Tratado de Derecho Internacional Privado, ed. revisado y añadido," Editorial Universo Jurídico, Bucarest, 2005, pág. 397; D.-Al., SITARU, "Derecho internacional privado", Lumina Lex Editorial Bucarest, 2001, págs. 15-16; D. LUPAȘCU/D. UNGUREANU. "Derecho internacional privado", Editorial Universo Jurídico, Bucarest, 2012, págs. 12-13; I. P. FILIPESCU/A.I. FILIPESCU, "Tratado de derecho internacional privado," edición revisada y agregada, Editorial Universo Jurídico, Bucarest, 2005, págs. 20-24; O. UNGUREANU/ C JUGASTRU/ A. CIRCA "Manual de derecho internacional privado", Hamangiu Editorial Bucarest, 2008, págs. 7 a 10; S. DELEANU, "Derecho Internacional Privado. La parte general", Editorial Universo Jurídico, Bucarest, 2013, págs. 163-164.

² N-C. ANITEI, "Marriage in Romanian Private International Law," Editorial Lambert, Mauritius, ISBN 978-620-2-52941-9 2020, págs. 200. <https://www.amazon.com/Marriage-Romanian-Private-International-Law/dp/6202529415>.

del matrimonio (relaciones personales entre cónyuges, capacidad del ejercicio de la mujer que contrae matrimonio antes de cumplir los 18 años, relaciones patrimoniales entre cónyuges (incluido el régimen económico matrimonial y el contrato matrimonial), disolución del matrimonio (divorcio), filiación, adopción, patria potestad, protección de los hijos, obligación de alimentos.

4. De lo expuesto en el párrafo anterior se deduce que, cuando por disposiciones legales previstas en materia de relaciones familiares con elemento de extranjería, se establece concretamente la violación de determinadas normas de estas, son motivo de excepción de orden público en el derecho internacional privado³. Así, entra en el ámbito del orden público del derecho internacional privado rumano en materia de relaciones familiares:

1. el matrimonio (incluido el compromiso);
2. los efectos generales del matrimonio (relaciones personales entre cónyuges, capacidad del ejercicio de la mujer que contrae matrimonio antes de cumplir los 18 años, relaciones patrimoniales entre cónyuges (incluido el régimen económico matrimonial y el contrato matrimonial);
3. la disolución del matrimonio (divorcio);
4. la filiación;
5. la adopción;
6. la patria potestad;
7. la protección de los hijos;
8. la obligación de alimentos.

3 ¿Cómo se protege el matrimonio por la intervención de las normas del orden público de derecho internacional privado rumano? (Artículo 2585 - Artículo 2588 del Código civil)

1. El orden público de derecho internacional privado rumano en el caso de las condiciones sustantivas del matrimonio

La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado rumano presupone el cumplimiento de las condiciones sustantivas⁴ y de forma⁵. La celebración del matrimonio no tiene armonización legislativa a nivel de la normativa europea. El orden público impone la presencia de disposiciones que no permiten la restricción de la libertad de las personas para contraer matrimonio. De conformidad con el derecho a contraer matrimonio, consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 12), el Código civil rumano obstaculiza la aplicación de la ley extranjera que contiene obstáculos contrarios a la libertad para contraer matrimonio: en virtud del artículo 2586, párrafo 2, del Código civil “*Si una de las leyes extranjeras así determinadas proporciona un impedimento para el matrimonio que, según la ley rumana, es incompatible con la libertad de contraer matrimonio, ese impedimento se eliminará como inaplicable, si uno de los futuros cónyuges es ciudadano rumano y el matrimonio se celebra en el territorio de Rumania*”. La ley extranjera no debe ser suprimida en su totalidad, pero es suficiente que la disposición de la ley extranjera sea eliminada de la aplicación (efecto negativo) y aplique las disposiciones de la ley rumana, como ley del foro, que no contiene este impedimento (efecto positivo).

³ GH. GHEORGHIU/ N. ENACHE, op. cit., 67.

⁴ N-C. ANITEI, “Which is the law applicable to the substantive conditions required for the conclusion of marriage under Romanian Civil Code provisions?” págs. 24-32, *The Centre’s Journal: International Family Law, Policy and Practice*, More Cross-Border Influences in the Modernisation of Family Justice in England and Wales, Volume 3, Number 1 • Summer 2015, This issue may be cited as (2015) 3 IFLPÁGS. 1online at [www.famlawandpractice.com](http://www.famlawandpractice.com/journals/journal4.pdf). <http://www.famlawandpractice.com/journals/journal4.pdf>

⁵ N-C. ANITEI, “¿Qué ley rige las condiciones del matrimonio en el derecho internacional privado rumano? /What law governs the formalities of marriage in Romanian private international law?” *Revista de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la República de Moldova / Moldavian Journal of International Law and International Relations/ Молдавский журнал международного права и международных отношений*, no., 2017, págs. 385-391.

La hipótesis de la norma jurídica del artículo 2586, párrafo (2) del Código civil es aquella en la que el impedimento se encuentra en la normativa extranjera. Entonces, este artículo no es un incidente, sino que se aplica el impedimento previsto por la ley rumana, cuando se trata de un ciudadano rumano y se plantea la cuestión de contraer matrimonio en el territorio rumano.

Estas disposiciones aplican el principio fundamental de la libertad de los ciudadanos rumanos para contraer matrimonio en el país o en el extranjero, pero de conformidad con las disposiciones de la ley rumana (en caso de condiciones sustantivas) y la ley rumana o la ley extranjera (en caso de condiciones de forma, dependiendo del lugar de celebración de ese matrimonio).

La noción de “condiciones sustantivas” también incluye impedimentos al matrimonio que son condiciones sustantivas negativas.

En el ámbito de la legislación nacional aplicable a las condiciones sustantivas⁶ y a los impedimentos al matrimonio⁷ se incluyen su determinación y sus efectos sobre la celebración del matrimonio.

De acuerdo con las disposiciones del Código civil, **las condiciones sustantivas⁸** para la celebración del matrimonio son las siguientes:

- diferenciación por sexos (artículo 271 del Código civil);
- edad para contraer matrimonio (artículo 272 del Código civil);
- consentimiento de los futuros cónyuges (artículo 271 del Código civil).

Son impedimentos para el matrimonio⁹:

- la existencia de un matrimonio anterior no disuelto (estado de bigamia, artículo 273 del Código civil);
- prohibición del matrimonio entre parientes (artículo 274 del Código civil);
- prohibición del matrimonio entre parientes por adopción (artículo 274 del Código civil);
- prohibición del matrimonio entre el tutor y el menor (artículo 275 del Código civil);
- prohibición del matrimonio de enfermos y discapacitados mentales (artículo 27 del Código civil);
- prohibición del matrimonio de personas temporalmente sin discernimiento;
- prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 277 del Código civil);
- prohibición de las uniones civiles entre personas del sexo opuesto o del mismo sexo (artículo 277 del Código civil).

Algunos de estos impedimentos al matrimonio, pero también algunos aspectos relacionados (como: el matrimonio de la persona transexual, la autorización previa de una autoridad rumana) plantean cuestiones específicas de derecho internacional privado.

⁶ Las condiciones sustantivas son aquellas circunstancias que deben existir al concluir el matrimonio para que sea válido.

⁷ Los impedimentos para la celebración del matrimonio son aquellas circunstancias expresamente previstas por la ley, cuya existencia impide la celebración del matrimonio. Hay condiciones negativas, solo su ausencia hace que el oficial de estado civil concluya el matrimonio. Los impedimentos se invocan contra los futuros cónyuges por *oposición al matrimonio* o de *oficio* por el registrador.

⁸ N-C. ANITEI, “Derecho de familia”, Editorial Hamangiu, Bucarest, 2012, págs. 32-46; N-C. ANITEI, “The Regulation of the Institution of Matrimonial Engagement in the New Ruman civil Code,” en la *Revista Africana de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, <http://www.academicjournals.org/ajpsir> y en la *Revista de Estudios Jurídicos* núm. 1-2 / 2011, págs. 109-119.

⁹ N-C. ANITEI, “Considerations Regarding the Absence of Impediments to the Contracting of Marriage According to the Stipulations in the Family Code and Civil Code”, In vol. 2, *Sección de Derecho*, Editorial LUMEN, Iași, 2011, 5 vol. págs. 25-40, <http://Editorial.lumen.ro/2011/08/Editorial-lumen-semnaleaza-aparitia-variantelor-finale-a-volumelor-conferintei-stiintifice-internationale-lumen-2011>

1. Prohibición de la bigamia. El problema del matrimonio polígamo

5. El artículo 273 del Código civil prohíbe, mediante una disposición de orden público, que una persona casada contraiga un nuevo matrimonio. La prohibición se refiere tanto al ciudadano rumano como al extranjero.

Un problema de derecho internacional privado se plantea si la legislación nacional extranjera permite la poligamia, las soluciones son diferentes, según la forma en que se plantea el problema:

- *En el momento del matrimonio, es decir, en el conflicto de leyes en el espacio.* Si desea contraer matrimonio polígamo en Rumania entre un ciudadano rumano y un ciudadano extranjero de un país que admite la poligamia, y que está casado en su país, este matrimonio no puede celebrarse en Rumania, por ser contrario al Derecho internacional privado rumano¹⁰.
- El matrimonio polígamo ya celebrado en el extranjero, es decir, dentro del conflicto de leyes en el tiempo y el espacio. Entonces, los dos cónyuges se casaron en el país del ciudadano extranjero, y la esposa (ciudadana rumana) solicita posteriormente que se reconozcan ciertos efectos del matrimonio en Rumania (por ejemplo, el derecho a la obligación alimenticia del esposo), estos efectos serán reconocidos. El conflicto de leyes está en el tiempo y el espacio, ya que existe la cuestión del reconocimiento de los derechos legales adquiridos por el ciudadano rumano en el extranjero¹¹.

2. Prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo

6. El artículo 277 del Código civil, con nombre marginal "*Prohibición o equivalencia de formas de convivencia con el matrimonio*" en virtud de las disposiciones del párrafo 1 estipula que la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibida en el territorio de Rumania. Las disposiciones del párrafo 2 también prohíben el reconocimiento en Rumania de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por nacionales rumanos o extranjeros.

7. Es un impedimento regulado por el artículo 277, párrafo 1 y 2 del nuevo Código civil. Si los dos futuros cónyuges son del mismo sexo, su matrimonio no podrá celebrarse, siendo golpeado por nulidad absoluta.

8. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, el artículo 277 del Código Civil prohíbe en el territorio de Rumania, la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo. Además, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 277 del Código Civil prohíben el reconocimiento en Rumania de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por nacionales rumanos o extranjeros.

3. Prohibición de las uniones civiles entre personas del mismo sexo o del sexo opuesto

9. Es un impedimento regulado por el párrafo 3 del artículo 277 del Código civil. De estas disposiciones se desprende que en Rumania no se reconocen los siguientes:

- las uniones civiles entre ciudadanos extranjeros de diferente sexo o del mismo sexo celebradas en el extranjero o contraídos en el extranjero;

¹⁰ GH. GHEORGHIU/ N. ENACHE, op.cit., 92.

¹¹ Distinción permitida en otros sistemas legales (por ejemplo, francés y alemán). Consulte A. BONOMI, "Explanatory Report on the 2007 HCCH Law Applicable to Maintenance Obligations Protocol" <https://assets.hcch.net/docs/67139fe1-12e2-4339-a19b-6a2326839c84.pdf> consultado el 27 de abril de 2021.

- las uniones civiles entre ciudadanos rumanos de diferente sexo o del mismo sexo celebradas en el extranjero o contraídas en el extranjero;
- las uniones civiles entre un ciudadano rumano y un ciudadano extranjero de diferente sexo o del mismo sexo

Las disposiciones del párrafo (1) del artículo 277 del Código civil interpretadas en comparación con las disposiciones del párrafo (2) y el párrafo (3) se refieren a los matrimonios celebrados en Rumania. Como el reglamento no distingue, se deduce que la prohibición se aplica en Rumania independientemente de si el matrimonio se celebraría entre dos ciudadanos rumanos, entre un ciudadano rumano y el otro ciudadano extranjero, o entre dos ciudadanos extranjeros, incluso si la ley que rige el estado civil y la capacidad jurídica del extranjero (s) permitiría tal matrimonio.

Las disposiciones del párrafo (2) y el párrafo (3) del artículo 277 del Código civil se refieren explícitamente a los matrimonios entre personas del mismo sexo y las uniones civiles heterosexuales y homosexuales, celebradas o contraídas en el extranjero.

La noción de “celebrados” o “contraídos” expresa la idea de que esos matrimonios y uniones no se reconocen en Rumania, independientemente de que hayan sido “celebrados”, es decir, celebrados ante una autoridad extranjera, o surjan de un simple contrato entre las partes¹².

10. En el espíritu del principio fundamental de orden público, del derecho rumano, así como moral y religioso, según el cual el matrimonio es “una unión libremente consentida entre un hombre y una mujer” (artículo 259, párrafo 1) y artículo 271 del Código civil) y es la única forma de convivencia permitida por la ley, Rumania ha rechazado la propuesta de *Reglamento del Consejo de la UE sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias en las asociaciones registradas*¹³. COM (2011) 127 acto final, por Decisión del Senado de Rumania, núm. 34/2011¹⁴.

11. En las situaciones jurídicas a las que nos referimos, parecen ser contrarias al orden público de derecho internacional privado rumano, tanto en el caso de conflicto de leyes en el espacio (aplicando el artículo 277 párrafo (1) del Código civil), como de conflicto de leyes en el tiempo y el espacio (artículo 277 párrafo (2) y párrafo (3) del Código civil)¹⁵.

4. La situación del matrimonio transexual

12. La letra i) del artículo 43 de la *Ley 119/1996 del Registro Civil republicada dispone*: “En los actos de nacimiento y, en su caso, matrimonio o fallecimiento, se anotarán menciones sobre los cambios en el estado civil de la persona, en los siguientes casos: ... i) cambio de sexo, después de la sentencia firme e irrevocable del tribunal” y el artículo 4 del O.G. núm. 41/2003 sobre la adquisición y el cambio administrativo de los nombres de las personas establece”. De estas disposiciones se desprende que la legislación rumana reconoce las consecuencias jurídicas derivadas del cambio de sexo, si ha sido aprobado por una decisión judicial. El C.E.D.O. dictaminó desde la perspectiva de su actividad judicial que los Estados deben respetar las consecuencias jurídicas generadas por el cambio de sexo¹⁶.

¹² D-AL SITARU, op. cit., págs. 183-184.

¹³ Propuesta de *Reglamento del Consejo de la UE sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asociaciones Registradas* http://www.cdep.ro/afaceri_europene/CE/2011/COM_2011_127_EN_ACTE_e.pdf consultado el 27 de abril.

¹⁴ Resolución de Senado No. 34/2011 publicada en la Gaceta Oficial No. 413 de 14 de junio de 2011.

¹⁵ Véase la opinión en virtud de la cual las disposiciones del artículo 277 (1) del Código civil constituyen normas de aplicación inmediata, así como para la crítica de los efectos jurídicos que pueden tener las disposiciones del artículo 277 (2) - (2) de Derecho Internacional Privado 4) Código civil. (C-P. BUGLEA, “Derecho internacional privado rumano”, Editorial Universo Jurídico, Bucarest, 2013, págs. 158-164).

¹⁶ CEDO - Causa I.c. the United Kingdom (Solicitud 25680/94) y Causa Chrisitine Goodwin c. the United Kingdom (Solicitud núm. 28957/94) expediente: /// C: / Users / nadia / Downloads / 002-5265. archivo pdf : /// C: /Users/nadia/Downloads/003-585597-589247.pdf consultado el 27 de abril de 2021.

13. Si la ley extranjera prevé impedimentos al matrimonio (por ejemplo: discriminación contra uno de los cónyuges) que son incompatibles con la libertad de contraer matrimonio, se elimina de la aplicación de acuerdo con el artículo 2586, párrafo 2) del Código civil, aunque habría sido normalmente competente para regir las condiciones sustantivas del matrimonio, de conformidad con el artículo 2586 párrafo (1) del Código civil.

5. Constituyen, en principio, impedimentos al matrimonio y, por lo tanto, deben eliminarse por la violación del orden público, en virtud del derecho internacional privado rumano, las siguientes situaciones en las que la legislación extranjera establecería como impedimento:

- *Prohíbe el matrimonio entre personas de diferentes razas, colores, nacionalidades, orígenes étnicos, idiomas, religiones etc., porque viola el principio fundamental de igualdad ante la ley;*
- *Prohíbe el matrimonio de una persona a la que se le haya concedido un cambio de sexo con una persona del sexo opuesto;*
- *Prohíbe el matrimonio de una persona divorciada, aunque solo sea por un cierto período de tiempo después del divorcio.*

No constituyen impedimentos para el matrimonio, y, por lo tanto, no deben eliminarse por la violación del orden público de derecho internacional privado rumano, las siguientes situaciones en las que la ley extranjera:

- establece para el ciudadano extranjero una edad superior a la de la legislación rumana (artículo 272 del Código civil). La situación es la misma si la ley extranjera establece una edad menor para contraer matrimonio que la ley rumana, si las circunstancias demuestran que el extranjero ha expresado su consentimiento para contraer matrimonio con pleno conocimiento de los hechos;
- prevé un impedimento al matrimonio resultante de un grado de parentesco (natural o de adopción) más distante que el establecido por la ley rumana (artículo 274 del Código civil). Por ejemplo, la ley extranjera prohíbe el matrimonio entre parientes colaterales hasta el quinto grado y no hasta el cuarto grado, según lo estipulado por la ley rumana.

La hipótesis de la norma jurídica del artículo 2586, párrafo 2) del Código civil es aquella en la que el impedimento se encuentra en la ley extranjera. Entonces, este artículo no es un incidente, sino que se aplica el impedimento previsto por la ley rumana, cuando se trata de un ciudadano rumano y se plantea la cuestión de contraer matrimonio en el territorio rumano, como por ejemplo en las siguientes situaciones:

- la ley rumana prohíbe el matrimonio entre parientes de un grado más distante que el previsto por la ley extranjera. Por ejemplo, un ciudadano rumano no puede contraer matrimonio con un ciudadano extranjero si son parientes colaterales en tercer grado (por parentesco natural o adopción) o parientes en segundo grado (por adopción) incluso si la legislación nacional del extranjero así lo dispone.
- la ley rumana prohíbe el matrimonio de los trastornados y los enfermos mentales, incluso si tal matrimonio fuera permitido por la ley extranjera.

2. Orden público de derecho internacional privado rumano en caso de condiciones de forma del matrimonio

14. Artículo 2587 párrafo (1) Código civil por sus disposiciones establece que la ley del lugar de celebración del matrimonio (*lex loci actus* o *lex loci celebrationis*) se aplica en lo que respecta a la formalidad del matrimonio.

El artículo 2587, párrafo 1) Código civil, al utilizar la expresión “*se celebra*”, expresa el concepto del legislador rumano según el cual el matrimonio es un acto solemne que debe llevarse a cabo después de un determinado procedimiento ante una autoridad competente.

El matrimonio¹⁷ que se celebra antes de que el agente diplomático o el funcionario consular rumano esté sujeto a las condiciones de forma de la ley rumana “es la solución legislativa que expresa la voluntad del legislador rumano de permitir que el ciudadano rumano en el extranjero “celebre” su matrimonio ante cualquier autoridad, incluida una religiosa. La condición esencial para que dicho matrimonio sea válido y reconocido en Rumania es que la ley de ese país, como ley aplicable a las condiciones de forma del matrimonio (*lex loci actus*), dé efectos legales al matrimonio religioso.

Como tal, la literatura establece que la solución anterior “no contradice las disposiciones del artículo 259, párrafo 3) del Código civil, según el cual”. La celebración religiosa del matrimonio sólo puede realizarse después de la celebración del matrimonio civil “y que es una disposición imperativa solo para el matrimonio sin elemento de extranjería y que se celebra en Rumania, no siendo de orden público en el derecho internacional privado rumano para el matrimonio que se celebra en el extranjero. Se pueden presentar al menos los siguientes argumentos en apoyo de este punto de vista:¹⁸ El primer argumento sería que las disposiciones del Código civil no mencionan disposiciones de derecho internacional privado que darían lugar a la obligación de contraer matrimonio en el extranjero solo ante las autoridades estatales locales y el segundo argumento sería que, de la interpretación lógica de las disposiciones del artículo 259 párrafo (3) del Código civil en correlación con el artículo 277 párrafo (2) se desprende que, cuando el legislador rumano, quiso que una disposición del Código civil con respecto a las relaciones familiares, se aplicara también a las relaciones jurídicas con elemento de extranjería, estipuló explícitamente.

El hecho de que el párrafo 3 del artículo 259 del Código civil no estableciera que un matrimonio religioso celebrado en el extranjero carece de efectos legales en Rumania demuestra que el legislador rumano no trató de aplicar este régimen jurídico. Es irrelevante si el matrimonio religioso se celebra en el extranjero entre dos ciudadanos rumanos o entre un ciudadano rumano y un ciudadano extranjero.

3. Orden público rumano de derecho internacional privado en caso de anulación del matrimonio

15. Artículo 2588 párrafo (2) del Código civil establece: “La nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero en violación de las condiciones de forma puede ser admitida en Rumania sólo si la sanción de nulidad también está prevista en la legislación rumana”.

Del texto del artículo 2588 párrafo (2) del Código civil se desprende lo siguiente¹⁹:

- Se aplica solo a los ciudadanos extranjeros, independientemente de su nacionalidad, nacionalidades diferentes, apátridas, que han celebrado ese matrimonio en el extranjero y están pidiendo el reconocimiento en Rumania. Cuando uno de los cónyuges es ciudadano rumano y el otro cónyuge es extranjero y requieren el reconocimiento en Rumania de un matrimonio celebrado en el extranjero sin la forma adecuada, se aplicarán las disposiciones del artículo 2588, párrafo 2) del Código civil de conformidad con el artículo 1096 párrafo (2) Código de procedimiento civil según el cual una “decisión de un tribunal extranjero no puede ser reconocida en Rumania, si el juicio se refiere al estado civil de un ciudadano rumano y la solución adoptada por el tribunal extranjero es diferente de la alcanzada según la ley rumana”.
- En caso de que la ley rumana no estipule la condición de nulidad de la forma, la nulidad pronunciada por la decisión extranjera no se reconoce en Rumania, aunque en el extranjero el matrimonio se anula legalmente.

¹⁷ N-C. ANITEI, “¿Qué ley rige las condiciones del matrimonio en el derecho internacional privado rumano? /What law governs the formalities of marriage in Romanian private international law?” *Revista de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la República de Moldova / Moldavian Journal of International Law and International Relations/ Молдавский журнал международного права и международных отношений*, no. 2017, págs. 385-391.

¹⁸ D-AL. SITARU, op. cit., págs. 183-184.

¹⁹ N-C. ANITEI, “¿Qué ley rige la nulidad matrimonial y los efectos de esa nulidad de conformidad con las disposiciones del Código Civil de Rumania? What law governs the nullity of marriage and the effects of this nullity under the provisions of the Romanian Civil Code?” *Universul Juridic* nr 12/2017, ISSN 2393-3445 <http://revista.universuljuridic.ro/ce-lege-guverneaza-nulitatea-casatoriei-si-efectele-acestei-nulitati-conform-dispozitiilor-din-codul-civil-roman/>, <http://revista.universuljuridic.ro/2017/12/>.

Al aplicar lo dispuesto en el artículo 2588, párrafo (2), constatamos, *per a contrario*, con respecto a las condiciones de forma, que cuando una decisión de un tribunal extranjero ha declarado la nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero por incumplimiento de las condiciones de forma, establecidas por la ley extranjera, esa decisión puede ser reconocida en Rumania, sólo bajo la condición de reciprocidad reglamentaria (doble regulación), por lo tanto, sólo si la sanción de nulidad está prevista por la ley rumana.

Las disposiciones de este artículo no se aplican cuando el matrimonio fue anulado por incumplimiento de las condiciones sustantivas previstas por la ley extranjera, incluso si estas condiciones no están permitidas por la ley rumana. La solución está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1097, Código del procedimiento civil, según el cual, el tribunal rumano no puede proceder al examen de fondo de la decisión extranjera ni a su modificación.

16. El motivo del reglamento es la protección del orden público de derecho internacional privado rumano, en el sentido de que no se permite aplicar en el territorio rumano más causas de nulidad formal del matrimonio que las previstas por el derecho rumano, situación que habría conducido a una violación del principio fundamental de la libertad de celebrar un matrimonio²⁰.

a. ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en la cuestión de los efectos jurídicos del matrimonio?

17. En el derecho internacional privado rumano de acuerdo con el artículo 2589 - artículo 2596 del Código civil en materia de efectos jurídicos del matrimonio se distinguen: *los efectos generales del matrimonio y el régimen matrimonial*²¹.

El artículo 2589 del Código civil disciplina la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio que incluye: las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que se rigen por disposiciones imperativas.

De lo dispuesto en el artículo 2589 párrafo (1) del Código civil se desprende que, los *efectos generales del matrimonio*, salvo la situación relativa al derecho de los cónyuges sobre la vivienda familiar, así como el régimen de actos jurídicos sobre dicha vivienda, que están sujetos a la ley del lugar donde se encuentra la vivienda, se aplicarán sin excepción alguna, con independencia del régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges:

1. *la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y, en su defecto,*
2. *la ley de ciudadanía común de los cónyuges y, en su defecto,*
3. *la ley del estado en cuyo territorio se celebró el matrimonio.*

18. Según el artículo 2590 del Código civil, las partes pueden tener la iniciativa de designar la ley aplicable al régimen matrimonial. La ley designada por medio de la convención para la elección de la ley aplicable sólo encuentra su aplicación si sus disposiciones están de acuerdo con el orden público del derecho internacional privado del estado del foro. Esto también se aplica a la situación en que, a falta de elección de la ley, esto se determinará objetivamente.

El párrafo 2 del artículo 2589 del Código civil establece que la ley determinada de conformidad con el párrafo 1 se aplica a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio que esta ley regula y de los cuales los cónyuges no pueden derogar, independientemente del régimen matrimonial elegido por éstos.

²⁰ D-AL. SITARU, "Derecho internacional privado", CH Beck Editorial Bucarest, 2013, págs. 221.

²¹ N-C. ANITEI, "The effects of marriage in Romanian private international law", Editorial Lambert, Mauritius, p.185, <https://www.morebooks.de/store/gb/book/the-effects-of-marriage-in-romanian-private-international-law/isbn/978-620-2-53158-0>; N-C. ANITEI, "Private International Law. The law applicable to property relations between spouses under international treaties, conventions and regulations", p. 154, Editorial Lambert, Germania, 2012; N-C. ANITEI, "Relaciones patrimoniales entre cónyuges en el derecho internacional privado," Editorial C. H. Beck, Bucarest, págs. 304, 2008; N-C ANITEI, "El acuerdo matrimonial en el derecho internacional privado rumano," Editorial CH Beck, Bucarest, 2013, págs. 183.

De las disposiciones del artículo 2589, párrafo (2), del nuevo Código civil, se desprende que, en particular, entra en el ámbito de aplicación de la ley sobre los efectos del matrimonio, los siguientes aspectos:

- relaciones personales entre cónyuges (respectivamente obligaciones personales entre cónyuges (toma de decisiones de los cónyuges, independencia de los cónyuges, sus deberes; cambio de nombre como consecuencia del matrimonio)²²;
- relaciones patrimoniales entre los cónyuges, así como entre ellos mismos y terceros regidos por el Código Civil y de las que los cónyuges no pueden apartarse, independientemente del régimen económico matrimonial elegido por ellos. Estamos examinando las normas obligatorias que no pueden lograrse mediante el acuerdo matrimonial, a saber, las relativas a: la igualdad entre los cónyuges, la patria potestad y la sucesión legal testada (artículo 332 del Código Civil). Las normas imperativas establecidas por la ley aplicable a cada uno de los regímenes matrimoniales que regulan (régimen primario, régimen jurídico comunitario, régimen de separación de bienes y comunidad convencional etc.) también entran en este ámbito. También se incluye la obligación legal de alimentos como consecuencia patrimonial del matrimonio que se rigen por el artículo 2612 del Código Civil, que se refiere a las normas europeas pertinentes²³.
- Los efectos del matrimonio sobre la capacidad de ejercicio de los cónyuges (la capacidad del cónyuge que contrae matrimonio antes de la edad adulta está sujeta a su derecho personal (artículo 2572 del Código civil), mientras que los efectos del matrimonio sobre la capacidad, es decir, la cuestión de si, antes del matrimonio, el cónyuge adquiere la plena capacidad de ejercicio, viene dada por la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio (artículo 2589).

19. Todos estos aspectos deben tomarse en cuenta para no violar las reglas de orden público de derecho internacional privado.

A diferencia del marco imperativo previsto por el artículo 2589 del Código civil, en el que se excluye la autonomía de voluntad de los cónyuges, en el artículo 2590- artículo 2595, tenemos el régimen matrimonial regulado en el derecho internacional privado rumano, que cubre únicamente las relaciones patrimoniales entre los cónyuges con respecto a los cuales pueden disponer²⁴.

20. De lo dispuesto en el artículo 2590 Código civil notamos que la ley aplicable al régimen matrimonial es, por regla general, la ley elegida por los cónyuges (*lex voluntatis*). Sin embargo, los cónyuges tienen un derecho de opción limitado a las siguientes leyes:

- la ley del estado en cuyo territorio uno de ellos tiene su residencia habitual en la fecha de la elección;
- la ley del estado cuya ciudadanía tiene alguno de ellos en la fecha de la elección;

²² N-C. ANITEI, "The Law Apágs. llicable to the Personal Effects of Marriage in the Romanian private international law marriage according to the provisions of artículo 2589 paragraph (2) C civ/ Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio con arreglo al derecho internacional privado rumano, de conformidad con las disposiciones Artículo 2589 párrafo (2) Código civil rumano" *Acta Universitatis*, Universidad „Lucian Blaga”, Sibiu, núm. 2/2017, Editorial Universul Juridic, Bucarest, págs. 52-58 <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=605126>

²³ N-C. ANITEI, "Law apágs. llicable to the patrimonial effects of marriage", *Acta Universitatis*, Universidad „Lucian Blaga”, Sibiu, núm. 1/2017, Editorial Universul Juridic, Bucarest, págs. 118-124. <http://web.a.ebscohost.com/abstract?direct=true&profile=eohost&scope=site&authtype=crawler&jrnl=15824608&AN=124587898&h=zuF7N2bg8yfhnUo-oxp2IG58Gth6drYL7%2fK3Uxskex>; N-C. ANITEI, "The patrimonial effects of marriage in the Romanian International private Law according to the provisions articulo 2589-articulo 2596 Civil Code" *Revista de Estudios Jurídicos* Año XI, núm. 1 -2/2018, Editorial Lumen, 2018, Iasi, págs. 13-25. https://www.researchgate.net/publication/328914784_JOURNAL_OF_LEGAL_STUDIES_JURNALUL_DE_STUDII_JURIDICE_Year_XIIINo_1-22018

²⁴ En el ámbito del derecho civil material (sustantivo), la institución de los regímenes económicos matrimoniales abarca todas las normas legales que rigen los derechos de propiedad y las obligaciones de los cónyuges (artículo 312- artículo 372 del Código civil).

- la ley del estado donde establecen su primera residencia habitual común después del matrimonio.

De lo dispuesto en el artículo 2591 párrafo (3) tesis I, Código civil observamos que los cónyuges pueden elegir en cualquier momento otra ley aplicable al régimen matrimonial, de conformidad con las condiciones de forma de la convención para elegir la ley aplicable. Por tanto, los cónyuges pueden elegir sólo una de las leyes aplicables al régimen matrimonial, según el artículo 2590 Código civil.

Según el artículo 2591 párrafo 3, tesis II, Código civil, la nueva ley produce efectos sólo para el futuro, a menos que los cónyuges hayan dispuesto lo contrario, y no puede perjudicar, en ningún caso, los derechos de terceros.

Si los cónyuges no han elegido la ley aplicable a su régimen matrimonial, se somete a la ley aplicable a los efectos generales del matrimonio²⁵.

21. El artículo 2591, párrafo 2), tesis (II) contiene una disposición para la protección del orden público de derecho internacional privado rumano. Así, deducimos de estas disposiciones que la elección de la ley aplicable debe ser expresa y constante a través de un documento firmado y fechado por los cónyuges o indudablemente resultar de las cláusulas de una convención matrimonial. Este reglamento satisface el principio de autonomía de voluntad de las partes, en cuanto a la protección exclusiva de la voluntad indudablemente expresada de los cónyuges, siendo un acto jurídico con importantes efectos sobre los derechos y obligaciones patrimoniales.

A nivel europeo, las relaciones patrimoniales de los cónyuges (gestionadas bajo el régimen matrimonial) y las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas, son sujetas a las leyes aplicables desde el 29 de enero de 2019 de la siguiente manera: Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, *por el que se aplica la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, de la ley aplicable y del reconocimiento y de la ejecución de resoluciones en materia de regímenes matrimoniales*²⁶ y el Reglamento (UE) 2016/1104 por el que se aplica una cooperación reforzada en los ámbitos de la jurisdicción, de la legislación aplicable y del reconocimiento y de la ejecución de sentencias sobre las consecuencias patrimoniales de las uniones registradas²⁷.

22. El régimen matrimonial regido por las normas europeas puede estar sujeto a la ley elegida por las partes (cónyuges o futuros cónyuges). Tanto si se trata del derecho de un Estado miembro como del derecho de un tercer Estado, el derecho elegido sólo abarcará las relaciones derivadas del régimen matrimonial, si no infringe el orden público en virtud del Derecho internacional privado. El artículo 31 del Reglamento no. 1103/2016 establece que, en la medida en que la ley del Estado Miembro, designada como aplicable, sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro, será derogada. En lugar de la ley extranjera, se aplicará la ley del foro (el efecto positivo, como consecuencia del efecto negativo de la eliminación de la ley extranjera). La solución es idéntica para la ubicación objetiva de la *lex causae*.

En materia de efectos patrimoniales de las uniones civiles, el orden público es el obstáculo para la aplicación de las disposiciones de la ley extranjera. Reglamento no. 1104/2016 ofrece a las partes (socios) la posibilidad de designar la ley aplicable a su unión registrada. La ley se puede determinar de dos formas. El reglamento consagra el principio de autonomía de la voluntad (las partes eligen libremente, de común acuerdo, la ley que aplicarán al partenariado). Como alternativa, se produce la ubicación objetiva, que se relaciona con la ley del estado de registro del partenariado. El reglamento de “*partenariados*” retoma la disposición del reglamento “*regímenes matrimoniales*” sobre la obligación de respetar el orden público en las relaciones con elementos de extranjería: así, según el artículo 31, la aplicación de las disposiciones de la ley designada en el Reglamento sólo puede eliminarse si la aplicación fuera manifiestamente incompatible con el orden público del foro. En ambos casos, tanto para los regímenes

²⁵ Artículo 2592 Código civil.

²⁶ Publicado en el DO L 183/1 de 8 de julio de 2016.

²⁷ Publicado en el DO L183 / 30 de 8 de julio de 2016.

matrimoniales como para las uniones registradas, el orden público es la palanca que quita la ley extranjera, sin distinguir como es elegida por las partes o ubicada objetivamente.

Entonces, a nivel europeo, se trató de la armonización de las relaciones patrimoniales de la pareja institucionalizada (en la línea de la cooperación judicial), a través de estas dos normativas. Estas normas prevalecerán en su aplicación únicamente a los Estados que participen en una cooperación consolidada.

Rumania se negó de dar su consentimiento a los dos reglamentos juntos. Como tal, en las relaciones legales de Rumania con los estados europeos (partes de la cooperación consolidada), con los estados europeos que no participan en la cooperación consolidada y en las relaciones con los terceros estados, las disposiciones del derecho internacional privado nacional seguirán aplicándose (Libro VII del Código civil). En la medida en que existan convenciones internacionales, se aplicarán prioritariamente a las disposiciones del derecho internacional privado nacional.

El Código civil rumano contiene disposiciones sobre la ley aplicable a los efectos personales y, al mismo tiempo, sobre la *lex causae* para los efectos patrimoniales del matrimonio que son parcialmente idénticas a las que mantiene el legislador europeo. Por ejemplo: la opción por ciertos puntos de conexión, la determinación de la ley por voluntad de las partes, la ubicación del régimen matrimonial, cuando la ley no ha sido elegida o el acuerdo de elección no es operativo.

En su mayor parte, la doctrina abordó los reglamentos juntos, con la presentación de soluciones legislativas sobre cuestiones (jurisdicción, principio de universalidad de la ley aplicable, determinación subjetiva de la ley aplicable, determinación objetiva etc.) y exponiendo los elementos de particularidad - por regímenes matrimoniales y por el estado patrimonial de los socios²⁸.

b. ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de divorcio?

23. El artículo 2600 del Código civil con el nombre marginal "*Ley aplicable al divorcio*" dispone: "*Si la ley extranjera, así determinada, no permite el divorcio o lo admite en condiciones particularmente restrictivas, se aplicará la ley rumana, si uno de los cónyuges es, en la fecha de la solicitud de divorcio, ciudadano rumano o tiene su residencia habitual en Rumania. (párrafo 2) Las disposiciones del párrafo 2 también se aplicarán si el divorcio se rige por la ley elegida por los cónyuges*".

La protección del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de divorcio se encuentra regulada en el artículo 2600, párrafo 2) y párrafo 3) del Código civil y en el artículo 2601 del Código civil.

El párrafo 2 del artículo 2600 del Código civil se aplica si la ley de divorcio está determinada por una ubicación objetiva que se refiere a la "*ley extranjera determinada*" y el párrafo 3) se aplica si el *divorcio se rige por la ley elegida por los cónyuges*. La hipótesis de la aplicación de la norma es que los tribunales rumanos son competentes para juzgar al divorciado, la norma se vuelve incidental incluso si solo "*uno de los cónyuges*" es ciudadano rumano o tiene su residencia habitual en Rumania. Al especificar la "*ciudadanía rumana o tiene la residencia habitual en Rumanía*" de uno de los cónyuges "*en la fecha de la solicitud de divorcio*", se resuelve el conflicto de leyes móviles en materia, a favor de la nueva ley. De esta forma, resulta irrelevante que el marido en cuestión tuviera antes de la fecha de la solicitud de divorcio otra nacionalidad o residencia habitual en un país distinto de Rumanía²⁹. Independientemente del método de identificación de la ley aplicable al divorcio³⁰ (determinación subjetiva

²⁸ C. Juguastu, "La ley aplicable al régimen matrimonial: dos reglamentos paralelos", Revista Universo Jurídico, Editorial Universo Jurídico, Bucarest, <http://revista.universuljuridic.ro/legea-aplicabila-regimului-matrimonial-doua-reglementari-paralele/>, consultado el 30 de abril de 2021.

²⁹ D-AL. Sitaru, "Derecho internacional privado", CH Beck Editorial Bucarest, 2013, pág.206.

³⁰ *ibidem*.

N-C. Anitei, "Convention sur le choix de la loi applicable au divorce conformément aux dispositions du Code civil roumain" <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/36112-la-famille-au-xxie-siecle> LA CONFERENCE FRANCOPHONE INTERNATIONALE La famille au XXIe siècle 1ère EDITION, La Faculté des Sciences Juridiques, Sociales et Politiques de l'Université "Dunărea de Jos" de Galați, Roumanie Le Centre de Recherches Juridiques et Administratives En

u objetiva), en virtud del efecto negativo del orden público, se eliminará el derecho extranjero normalmente competente, si sus disposiciones rechazan el divorcio de los cónyuges o los restringen de una manera que viola los valores fundamentales del foro. El principio de orden público protegido por esta disposición legal es el de la admisibilidad del divorcio por consentimiento de los cónyuges o por causas que no sean excesivamente restrictivas según el artículo 373 del Código civil.

El artículo 2601 del Código civil impide el reconocimiento en Rumania de un divorcio por denuncia unilateral por parte del hombre (repudio) en condiciones discriminatorias. Tomar nota de las disposiciones de ese artículo de que, cuando el acto por el que se exige la disolución del matrimonio se hace en el extranjero sólo por manifestación unilateral de la voluntad del hombre de divorciarse, no podrá reconocerse en Rumania si la legislación extranjera aplicable no reconoce a la mujer la igualdad de derechos, a menos que se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) la ley extranjera aplicable reconoció la legalidad del acto de disolución del matrimonio cumpliendo por él todas las condiciones sustantivas y de forma;
- b) esta forma de disolver el matrimonio fue aceptada por la mujer libre e inequívocamente;
- c) en el territorio de Rumanía, no hay otra razón para negarse a reconocer la decisión que aprueba la disolución del matrimonio de esta manera.

La condición imperativa que exige el artículo 2601 del Código civil es la aceptación por parte de la mujer de esta forma de disolver el matrimonio. El acuerdo libre e inequívoco de la esposa, sumado a la manifestación unilateral de voluntad por parte del esposo, completaría el cuadro de un divorcio por acuerdo, esta vez, un acuerdo en dos etapas. Es recomendable que el tribunal verifique efectivamente la existencia de la aceptación por parte de la mujer de esta forma de disolver el matrimonio. Dada la situación de la mujer en los países musulmanes, puede haber sospechas sobre la existencia de aceptación o sobre la libertad de su consentimiento. Teniendo en cuenta los requisitos expresamente impuestos por el Código civil rumano, sería natural que el magistrado verificara el aspecto mencionado, sin que esto signifique una revisión sustantiva de la decisión. De hecho, es el consentimiento de los cónyuges el que establece el divorcio por mutuo consentimiento consagrado en el nuevo Código civil. Se ha señalado, además, que, si se cumplen las condiciones anteriores, se producirá un divorcio de mutuo acuerdo, por lo que la protección de la mujer a través de la excepción de orden público ya no se justifica³¹.

El reconocimiento del divorcio por denuncia unilateral en el territorio rumano está regulado por normas de orden público. El legislador rumano tuvo en cuenta los diferentes sistemas practicados en todo el mundo en materia de disolución matrimonial y condicionó su reconocimiento por condiciones firmes y acumulativas³².

24. En la legislación rumana, este tipo de divorcio está sustancialmente prohibido, que consiste en el derecho del esposo (hombre) a proceder unilateralmente a la disolución del matrimonio.

collaboration avec: Le Centre de Recherches Juridiques (EA 3225) de l'Université de Franche-Comté, Besançon, France Le Laboratoire de Recherche en Droit International Privé "Grupo de Investigación ACCURSIO" de Universidad Carlos III de Madrid, Espagne et Le Projet CNFIS-FDI-2020-0094, Aumento de la visibilidad internacional de la Universidad „Dunărea de Jos” de Galați (La croissance de la visibilité internationale de l'Université "Dunărea de Jos" de Galați), UGAL20, 5 décembre 2020;

<http://www.famconf.ugal.ro/media/attachments/2020/12/02/le-programme-de-la-conference-et-les-rsums-des-intervenants-4.pdf>; <. N-C. ANITEI, "Convenio relativo a la elección de la ley aplicable a la separación de órganos en el derecho internacional privado rumano Convenio/ Convention on the choice of law aplicable to the separation of bodies in Romanian private international law" in *Liber amicorum. Studia E: Florian*, studio E. FLORIAN, volumen *Una familia para Europa, una Europa de las familias*, Editorial Hamangiu, Bucarest, 2021 (actualmente en publicación).

³¹ C. JUGASTRU, "La disolución del matrimonio con un elemento de extranjería, en la *Revista Universo Jurídico* no. 7/2016 (en línea" <https://revista.universuljuridic.ro/disolutia-casatoriei-cu-element-de-extraneitate/>)

³² Por ejemplo, la ley árabe-musulmana legisla y practica la disolución del matrimonio unilateralmente, a iniciativa del hombre, mediante su simple declaración (¿sobre las formas, causas de repudio y reconocimiento en Francia de sentencias extranjeras, ver E. Andrez, *Une reconnaissance de fait de la répudiation?*, article extrait de *Plein droit*, núm. 51, - <http://www.gisti.org/spip.php> ?, artículo 4162, consultado el 20 de abril de 2020.

25. La cuestión del repudio puede presentarse ante las autoridades rumanas solo si el acto se redactó en el extranjero, porque la ley rumana no regula esta causa de terminación del matrimonio. Si se cumplen las condiciones acumulativas estipuladas en este artículo, efectivamente se produce el divorcio, de mutuo consentimiento, por lo que la protección de la mujer mediante la excepción de orden público deja de estar justificada.

Reglamento no. 1259/2010 que *establece una forma de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial*³³ (Roma III), declarado como marco claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados participantes, tiene como objetivo brindar y garantizar soluciones en el espíritu de previsibilidad jurídica, seguridad y flexibilidad y prevenir la situación en cuál uno de los cónyuges solicitaría el divorcio antes que el otro, para que el procedimiento esté sujeto a una ley que considere más favorable a sus intereses (considerando 9).

26. El orden público está regulado en el artículo 10 y el artículo 12.

Artículo 10 del Reglamento por el que se *aplica una forma de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)*³⁴ con nombre marginal “*Aplicación de la ley del foro*” establece: “Si la ley aplicable con arreglo al artículo 5 o artículo 8 no prevé el divorcio o no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso a divorcio o separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

27. El artículo 10 del Reglamento prevé una aplicación particular de las hipótesis de orden público de derecho internacional privado. Así, si la *lex causae*, elegida por los cónyuges (o determinada objetivamente), no contiene, por ejemplo: normas relativas al divorcio, normas que permitan divorciarse al otro cónyuge, normas que regulen la igualdad de acceso al divorcio, etc. se aplicará la *lex fori*. Por tanto, al ser las disposiciones restrictivas, en diversas formas se eliminarán por inaplicables (efecto negativo del orden público en las relaciones con un elemento de extranjería), aplicándose en cambio *lex fori* (efecto positivo)³⁵. Por tanto, se expresa la idea de que, cuando la ley aplicable por voluntad de las partes (artículo 5 del Reglamento Roma III) o como consecuencia de la ubicación objetiva (artículo 8 del Reglamento Roma III) no permita a un cónyuge divorciarse o la separación legal en términos discriminatorios como resultado de su pertenencia a un sexo en particular, la ley así determinada será derogada y aplicada en su lugar, *lex fori*. Cabe señalar que, en este caso, se consagra una situación concreta de aplicación del orden público, cuya finalidad es satisfacer el principio de igualdad de los cónyuges en materia de divorcio.

En materia de divorcio, está estipulado en el artículo 12 del Reglamento núm. 1259/2010 por el que se *aplica una forma de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* con el nombre marginal de “Orden público” que “La aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento sólo podrá denegarse si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

³³ Reglamento núm. 1259/2010 que implementa una forma de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial se publicó en el DO n. L 343/10 de 29.12.2010.

³⁴ Reglamento núm. 1259/2010 por el que se *aplica una forma de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III), adoptado en Bruselas el 20 de diciembre de 2010, publicado en el DO L 343/10 de 29 de diciembre de 2010 y registrado entrará en vigor el 30 de diciembre de 2010 y será aplicable a partir del 21 de junio de 2012, excepto, de conformidad con el artículo 21, párrafo 2, del artículo 17 (que establece la obligación de los Estados miembros de informar a la Comisión de las disposiciones nacionales antes del 21 de septiembre de 2011, en caso de existen, en relación con: (a) las condiciones formales para los acuerdos sobre la elección de la ley aplicable, de conformidad con el artículo 7 (2) - (4) y (b) la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el artículo 5 (3);). Los Estados miembros participantes informarán a la Comisión de cualquier modificación posterior de dichas disposiciones.) Se aplica a partir del 21 de junio de 2011 de acuerdo con el artículo 21 párrafo (2).*

³⁵ C.JUGASTRU, “Convenio para la elección de la ley aplicable - Construcción propia de las relaciones de derecho privado con elemento de extranjería,” *Revista Universo Jurídico*, no. 11/2016, Bucarest, págs. 62-76, http://revista.universuljuridic.ro/wp-content/uploads/2016/12/05_Revista_Universul_Juridic_nr_11-2016_PAGINAT_BT_C_Jugastru.pdf ; Sr. AL. SITA-RU, “Derecho internacional privado”, CH Beck Editorial Bucarest, 2013, pág.206; C. JUGASTRU, “Solicitudes y correspondencia en el ámbito del orden público del derecho internacional privado rumano”, *Revista Universo Jurídico*, núm. 12/2001, Editorial Universo Jurídico, Bucarest, págs. 65-77.

28. El artículo 12 del Reglamento Roma III es una disposición común en la normativa europea, que restringe la aplicación de la ley extranjera, cuando es evidente lo contrario al orden público del estado del foro (lo que puede probarse por cualquier medio de prueba)³⁶.

En virtud del artículo 12 de la Roma III, el tribunal del Estado concede que el tribunal estatal generalmente puede excluir de su aplicación el derecho extranjero por motivos de orden público.

29. El artículo 12 del Reglamento Roma III establece que la ley elegida por los cónyuges por la ley aplicable al divorcio será aplicable si no es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

La regulación negativa y el uso de la frase “manifiestamente incompatible” tienen por objeto subrayar que los tribunales de los Estados participantes en el Reglamento Roma III pueden invocar el orden público de conformidad con el punto 25, que estipula “*En circunstancias excepcionales, es conveniente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes puedan, por consideraciones de interés público, descartar una disposición de la ley extranjera si su aplicación a un caso concreto es manifiestamente contraria al orden público del foro. No obstante, 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*” “sólo” en circunstancias excepcionales, consideraciones de interés público” según lo dispuesto en el punto 24 del Preámbulo del Reglamento Roma III como: “*cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, debe aplicarse, no obstante, la ley del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público*” del Preámbulo del Reglamento Roma III.

c. ¿Qué presupone la protección del orden público del derecho internacional privado rumano en materia de adopción?

30. De acuerdo con el artículo 2607 del Código civil, las condiciones sustantivas de la adopción (incluidos los impedimentos para la adopción) se establecen acumulativamente por la ley nacional del adoptante y por la ley nacional de la persona a ser adoptada. (Tesis I). También deben cumplir las condiciones que son de obligado cumplimiento para ambos, establecidas por cada una de las dos leyes nacionales que se muestran (tesis II). La forma de adopción según el artículo 2609 del Código civil está sujeta a la ley del estado en cuyo territorio se celebra. El reglamento remite así, a la *lex loci actus*, en la aplicación del *principio locus rigit actum*. La violación de este principio puede plantear cuestiones de disposiciones orden público de derecho internacional privado. De las disposiciones del artículo 2608, tesis (I) del Código Civil se desprende que la legislación nacional del adoptante es aplicable, tanto a los efectos de la adopción como a las relaciones entre el adoptante y el adoptado, y en caso de que ambos cónyuges sean adoptantes, es aplicable la ley que rige los efectos generales del matrimonio, es decir, el artículo 2589 del Código Civil. Entonces, el legislador adoptó una ley única para los propósitos de la adopción (esto incluye, por ejemplo: las relaciones personales y patrimoniales entre el adoptante (cónyuges adoptivos) y el adoptado, las relaciones personales y patrimoniales entre el adoptado y los padres naturales etc.). Según tesis (II) del artículo 2608 del Código civil la misma ley regula la disolución de la adopción.³⁷

³⁶ C. JUGASTRU, “Solicitudes y correspondencia en el ámbito del orden público del derecho internacional privado rumano”, *Revista Universo Jurídico*, núm. 12/2001, Editorial Universo Jurídico, Bucarest, pág.71.

³⁷ N-C. ANITEI, “The law applicable to the nullity of adoption in accordance with article .2610 Romanian Civil Code”, *Revista de Estudios Jurídicos* Año XII, núm. 1 -2/2019, ISSN 1841-6195, Editorial Lumen, Iasi, págs. 13-22. <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=810528>

31. Existen condiciones o impedimentos para la adopción³⁸ previstos por el derecho extranjero normalmente competente que pueden ser contrarios al orden público de derecho internacional privado rumano. Por ejemplo: el adoptante no debe tener hijos en el matrimonio, condición que viola el principio fundamental de igualdad entre los hijos en el matrimonio y los adoptados; la adopción de niños del mismo sexo permitida en varios estados a nivel europeo³⁹ e internacional.⁴⁰

El orden público en materia de adopción internacional también se somete al prisma de las siguientes normas: artículo 453 del Código civil, Ley No. 273/2004 sobre el régimen jurídico de la adopción republicada y modificada, el Convenio Europeo revisado sobre la adopción de niños en Estrasburgo, *el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional*⁴¹, *convenios bilaterales y tratados de asistencia jurídica celebrados por Rumanía*. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 24 del *Convenio sobre la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional en La Haya*, el reconocimiento de la adopción que es manifiestamente contrario a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño, podrá denegarse en un Estado contratante.

d. ¿Qué presupone la protección del orden público del derecho internacional privado rumano en materia de patria potestad?

32. El artículo 2611 del Código civil establece: “La ley aplicable se establecerá de conformidad con el *Convenio sobre competencia, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños, adoptado en La Haya el 19 Octubre de 1996*⁴², ratificado por la Ley núm. 361/2007⁴³.”

33. La calificación de la patria potestad en el derecho internacional privado rumano sigue la terminología consagrada en el derecho sustantivo. La “patria potestad”, una nueva noción, inspirada en el Código civil francés y el Código civil de Quebec, es el marco general de los derechos y deberes de los

³⁸ N-C.ANITEI, ” Procedimiento de adopción con arreglo al derecho internacional privado rumano de conformidad con el artículo 2607-2610 del Código Civil rumano//Adoption procedure in Romanian private international law according to artículo 2607-artículo 2610 Romanian Civil code ”, *Acta Universitatis*, Universidad „Lucian Blaga”, Sibiu, núm. 1-2/2019, págs. 67-81 Editorial Universul Juridic, Bucarest ISSN 1582-4608 [cholar.google.com/citations?user=5yyCFLAAAAAJ&hl=en#d=gs_md_cita-](https://scholar.google.com/citations?user=5yyCFLAAAAAJ&hl=en#d=gs_md_cita-)

³⁹ La adopción por parejas del mismo sexo es legal en Andorra, Bélgica, Islandia (desde junio de 2006), los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia, Sudáfrica y España.

⁴⁰ En los Estados Unidos, las parejas del mismo sexo pueden adoptar en California, Massachusetts, Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York, Ohio, Vermont, Washington y Wisconsin, y en la capital federal, Washington, DC.; Florida es el único estado donde la adopción por parejas del mismo sexo está completamente prohibida. En Mississippi, Oklahoma, Colorado y Utah, este tipo de adopción es virtualmente imposible porque solo las parejas casadas pueden adoptar y los matrimonios entre personas del mismo sexo no son reconocidos; En Canadá, la adopción está controlada por la ley provincial o territorial. La adopción por parejas del mismo sexo es legal en todas las provincias y territorios excepto en New Brunswick, Prince Edward Island y Nunavut, aunque las parejas del mismo sexo pueden casarse en todo el país. En Alberta, una persona en una unión de gays o lesbianas solo puede adoptar al hijo de su pareja. En el Yukón, el estado de adopción es ambiguo. En Australia, solo el estado de Australia Occidental y el Territorio de la Capital Australiana reconocen la adopción de parejas del mismo sexo, y la adopción de un hijastro de una pareja gay o lesbiana es posible en Tasmania. En Israel, la adopción de un niño por una pareja gay o lesbiana es legal desde enero de 2005.

⁴¹ *Convenio sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, suscrito en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por nuestro país mediante la Ley núm. 84/1994 publicado en el Boletín Oficial núm. 298 de 21 de octubre de 1994.

⁴² DECISIÓN DEL CONSEJO de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a determinados Estados miembros a ratificar o adherirse al Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, legislación aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores, interés de la Comunidad Europea y Los Estados miembros deben realizar una declaración sobre la aplicación de las normas internas pertinentes del Derecho comunitario (2008/431 / CE), L 151/36, 11 de junio de 2008. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?Uri=CELEX:32008D0431&from=RO> consultado el 19 de abril de 2021.

⁴³ Para la ratificación del Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños, adoptado en La Haya el 19 de octubre de 1996 en el Boletín Oficial de Rumania, Parte I, No. 895 de 28 de diciembre de 2007. <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/88227> consultado el 19 de abril de 2021.

padres en relación con la persona y los bienes del menor, el ejercicio de la patria potestad y la pérdida de los derechos de los padres⁴⁴.

34. Con respecto a la patria potestad en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Convenio *sobre competencia, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños, adoptado en La Haya el 19 Octubre de 1996*, observamos que la aplicación de la ley designada por las disposiciones artículo 5 - artículo 14 (rige la ley aplicable a las medidas de protección del niño) sólo si esta aplicación fuera manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Sin embargo, se observa que el interés superior del niño debe tenerse en cuenta en la aplicación de la excepción de orden público, que de otro modo rige toda la Convención⁴⁵.

2.8 ¿Qué presupone la protección del orden público de derecho internacional privado rumano en materia de obligación alimenticia?

35. Artículo 2.612 del Código civil establece: “*La ley aplicable a la obligación de alimentos se determinará de conformidad con las normas de la legislación de la Unión Europea*”.

La ley que regula la obligación de alimentos se encuentra en la siguiente normativa europea⁴⁶:

- Convenio 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*, adoptado en La Haya el 19 de octubre de 1996⁴⁷ (ya lo he estudiado en el capítulo anterior).
- Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 *sobre la obtención de una pensión alimenticia en el extranjero para los hijos y otros miembros de la familia*⁴⁸. El Convenio con-

⁴⁴ C. JUGASTRU, “Autoridad parental y protección infantil. Aspectos del derecho internacional privado”, *Revista Universo Jurídico. Premium*, 16/03/2017 (No. 3/2017), Bucarest Editorial 2017; V. ONAC/ I. BURDUF, “Reglamento (CE) no. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias y cooperación en materia de obligaciones alimenticias”, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 3/2011, parte I, parte II, págs. 291-344; III, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 5/2011, págs. 268-296; V. ONACA/ I. BURDUF, “El Protocolo de La Haya del 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias”, parte III, parte IV, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 6/2011, págs. 223-240; V. ONACA/ I. BURDUF, “El Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre la obtención de una pensión alimenticia en el extranjero para los hijos y otros miembros de la familia”, parte V, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 1/2012, págs. 283-310; parte VI, en el *Rumano Journal of Jurisprudence* no. 2/2012, págs. 298-314; N. DIACONU, “Derecho internacional privado”, Editorial de la Fundación “Rumanía del Mañana”, Bucarest, 2019, p. 196; N-C. ANITEI. “Derecho de familia”, Hamangiu Editorial 2012, Bucarest, págs. 217-238; C., YEGUAS, “Derecho de familia”, edición 2, revisada y agregada, Editorial CH Beck, 2015, págs. 335-395.

⁴⁵ D.-Al. SITARU. “Ley internacional privada. La parte general. La parte especial-Normas en conflicto en diferentes ramas e instituciones del derecho privado”, Editorial CH Beck, Bucarest, 2013, p. 246.

⁴⁶ C. JUGASTRU, “Autoridad parental y protección infantil. Aspectos del derecho internacional privado”, *Revista Universo Jurídico. Premium*, 16/03/2017 (No. 3/2017), Bucarest Publishing House, 2017; V. ONACA/ I. BURDUF, “Reglamento (CE) no. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias y cooperación en materia de obligaciones alimenticias”, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 3/2011, parte I, parte II, págs. 291-344; III, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 5/2011, págs. 268-296; V. ONACA/ I. BURDUF, “El Protocolo de La Haya del 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias”, parte III, parte IV, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 6/2011, págs. 223-240; V. ONACA/ I. BURDUF, “El Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre la obtención de una pensión alimenticia en el extranjero para los hijos y otros miembros de la familia”, parte V, en la *Revista Rumana de Jurisprudencia* núm. 1/2012, págs. 283-310; parte VI, en el *Rumano Journal of Jurisprudence* no. 2/2012, págs. 298-314; G. LUPŞAN, “Guía de derecho internacional privado en el ámbito del derecho de familia”. Editorial Magic Print, Oneşti, 2014 págs. 9-13; págs. 21-23; págs. 109-115. <http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=%2Fc%2Fxc-TrN7Y%3D&tabid=2980> consultado el 23 de abril de 2021.

⁴⁷ Convenio sobre *competencia, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*, adoptado en La Haya el 19 de octubre de 1996, publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea, núm. L151 / 36 de 11 de junio de 2008.

⁴⁸ Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 *sobre la obtención de una pensión alimenticia en el extranjero para los hijos y otros miembros de la familia*, publicado en el DO n ° L192 de 22 de julio de 2011.

- tiene disposiciones sobre la cooperación entre las autoridades de los Estados participantes, así como disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones alimenticias (Capítulo V y Capítulo VI). Es objeto de un proceso civil internacional y está vinculado al Protocolo de La Haya *sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticia*.
- Reglamento núm. 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas IIa) sobre *competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental*. Al examinar el presente Reglamento, constatamos que el ámbito de aplicación incluye los conflictos de jurisdicción, no los conflictos de leyes;
 - Reglamento no. 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, sobre *jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación en materia de obligaciones alimenticias*⁴⁹.
 - Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 *sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*⁵⁰.

36. Rumania ha celebrado convenios (por ejemplo, el Convenio entre Rumania y el Reino de Bélgica *sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias*) y Tratados sobre asistencia jurídica:

1. El Tratado entre Rumanía y la República Checa *sobre asistencia jurídica en materia civil*, ratificado por Rumanía mediante la Ley núm. 44/1995 (Gaceta Oficial No. 106 de 31 de mayo de 1995);
2. El Tratado entre Rumania y la República de Polonia *sobre asistencia y relaciones legales en casos civiles*, ratificado por Rumania por la Ordenanza del Gobierno núm. 65/1999 (Gaceta Oficial No. 414 de 30 de agosto de 1999);
3. El Tratado entre Rumanía y la República de Moldavia *sobre asistencia jurídica en asuntos civiles y penales*, ratificado por Rumanía mediante la Ley núm. 177/1997 (Gaceta Oficial núm. 310 de 13 de noviembre de 1997);
4. El Tratado entre Rumania y Ucrania *sobre asistencia y relaciones legales en casos civiles*, ratificado por Rumania por la Ley núm. 3/2005 (Gaceta Oficial No. 183 de 3 de marzo de 2005).

El marco legal para la aplicación en Rumanía de los reglamentos de la Unión Europea, pero también de los diversos instrumentos de derecho internacional privado en el ámbito de las obligaciones alimenticias es la Ley n.º 36/2012 *sobre algunas medidas necesarias para la aplicación de los reglamentos y decisiones del Consejo de la Unión Europea, así como instrumentos de derecho internacional privado en materia de obligaciones alimenticias*⁵¹.

En materia de patria potestad, intervienen en cada uno de estos reglamentos. Presentaremos la *Protección del orden público de derecho internacional privado (artículo 13 y artículo 14) del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias establece disposiciones comunes sobre la ley aplicable a el mantenimiento*.

Protección del orden público en el derecho internacional privado (artículos 13 y 14) del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establece disposiciones comunes sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y contienen normas destinadas a proteger el orden público de derecho internacional privado del foro.

⁴⁹ Reglamento núm. 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, sobre *jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación en asuntos relacionados con las obligaciones alimenticias*, publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea, n. L 7/1 de 10 de enero de 2009.

⁵⁰ Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea, núm. L 331 / 17 de 16 de diciembre de 2009.

⁵¹ Ley núm. 36/2012 *sobre algunas medidas necesarias para la aplicación de los reglamentos y decisiones del Consejo de la Unión Europea, así como instrumentos de derecho internacional privado en el ámbito de las obligaciones alimenticias*, publicados en el Boletín Oficial núm. 183 de 21 de marzo de 2012.

1. Detalles preliminares

37. El artículo 13 del Protocolo con la denominación marginal “*Orden público*” dispone: “La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo sólo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”.

El artículo 14 del Protocolo, con la denominación marginal “*Determinación de la cuantía de los alimentos*”, establece: “Aunque la ley aplicable disponga algo distinto, para determinar la cuantía de los alimentos se tomarán en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos”.

El artículo 13 y el artículo 14 del *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecen disposiciones comunes sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que contienen normas destinadas a proteger el orden público de derecho internacional privado del foro.*

La diferencia entre los dos artículos es una técnica legislativa, es decir, mientras que el Reglamento del artículo 13 es de carácter general, ya que su función consiste en sancionar cualquier violación del orden público del Estado del foro, el artículo 14 prevé el caso concreto de la ejecución del orden público.

2. Protección del orden público, en general (artículo 13)

38. De las disposiciones del artículo 13 observamos que la invocación de la excepción de orden público por parte de las autoridades del foro sólo puede realizarse en condiciones restrictivas, cuando los efectos de la ley extranjera, normalmente competente para aplicar en virtud del protocolo, sean “obviamente” contrarios a los principios fundamentales del derecho del foro.

El orden público tiene un carácter concreto y actual y debe ser analizado concretamente caso por caso, encontrándose a menudo por regla general en materia de obligaciones alimenticias.

En materia de obligación alimenticia, el orden público tiene ámbitos diferentes en comparación con el nivel del parentesco familiar del que surge la obligación.

Así, en el nivel fundamental de las relaciones familiares, en la concepción del derecho rumano, existen varios casos de aplicación del orden público, como sigue:

- El matrimonio polígamo contraviene a las disposiciones de orden público del artículo 273 del Código civil (según este artículo está prohibida la bigamia, es decir, la celebración de un matrimonio por una persona ya casada);
- El matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones civiles (homosexuales o heterosexuales), prohibidas por el artículo 277 del Código civil.

Sin embargo, no todos estos casos de orden público se trasponen en materia de obligación alimenticia, haciendo una distinción, como es el tema de orden público, en el conflicto de leyes en el espacio o el conflicto de leyes en tiempo y espacio (es decir, los derechos adquiridos).

Si consideramos el conflicto de leyes en el espacio, por ejemplo, un matrimonio entre una ciudadana rumana con un ciudadano extranjero de un país que admite la poligamia, que ya está casado en su país, matrimonio contrario al orden público según de derecho internacional privado rumano, tal matrimonio no puede celebrarse en Rumanía.

Si el problema se plantea en el caso del conflicto de leyes en el tiempo y el espacio, es decir, los cónyuges contraen matrimonio en el país del ciudadano extranjero, y la esposa (ciudadano rumano) pide más tarde que se le reconozca en Rumanía el derecho de sustento por su marido, se reconocerá este derecho, porque se plantea la cuestión del reconocimiento de un derecho adquirido, en virtud de un matrimonio válido en el extranjero⁵².

⁵² Alcance de la ley aplicable a las condiciones sustantivas del matrimonio.

En el caso de que un hijo fuera del matrimonio establezca su filiación con su padre, en el extranjero, en condiciones que la ley del foro no conoce ni permite, su derecho a la obligación alimenticia de su padre será reconocido en Rumanía.

La situación es compleja en el caso de las obligaciones alimenticias relacionadas con el matrimonio entre personas del mismo sexo o las uniones civiles.

El artículo 277, párrafo 1) Código civil prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo en Rumania, lo que indica que es contrario al orden público del derecho internacional privado en los conflictos de leyes en el espacio. Al mismo tiempo, del párrafo (2) y el párrafo (3) del mismo artículo observamos que en cuanto a los efectos del matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones civiles entre personas de diferente sexo o del mismo sexo, celebradas o contraídas en el extranjero, por ciudadanos rumanos o ciudadanos extranjeros o ciudadano rumano y ciudadano extranjero, también están prohibidos cuando resulta que estas instituciones no están reconocidas en Rumania, ni siquiera al nivel del conflicto de leyes en el tiempo y el espacio. También se apoya en la literatura⁵³ que la obligación alimenticia es un efecto directo de los respectivos casos presentados, por lo que estas instituciones no pueden ser reconocidas en Rumanía ni siquiera al nivel del conflicto de leyes en el tiempo y el espacio. En el caso de la obligación alimenticia para el hijo adoptado por pareja de un matrimonio homosexual o de una unión civil, cuando tanto el matrimonio como la pareja, como también la adopción se celebran válidamente en el extranjero, la solución debe ser diferente⁵⁴. Así, el derecho a la obligación alimenticia del niño por parte de los padres adoptivos será reconocido en el territorio rumano, pudiendo invocar en apoyo de este punto de vista, al menos, el argumento de la validez de la relación familiar directa entre niño y sus padres, como resultado de la adopción, así como el principio omnipresente del interés superior del niño.

3. Protección del orden público en el caso específico de determinación de la cuantía de la pensión alimenticia (artículo 14)

39. El artículo 14 del *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establece disposiciones comunes sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, denominado “*Determinación de la cuantía de los alimentos*”, establece: “Aunque la ley aplicable disponga algo distinto, para determinar la cuantía de los alimentos se tomarán en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de un pago periódico de alimentos”.

Del artículo 14 del Protocolo observamos que para determinar la cuantía de la obligación alimenticia se tienen en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor, así como cualquier compensación concedida al acreedor en lugar de pagos periódicos de obligación alimenticia, incluso si la ley aplicable dispusiera algo distinto.

40. Por lo tanto, si la ley extranjera normalmente competente para aplicar la obligación alimenticia se desvía excesivamente del principio fundamental de la ley rumana, según el cual al determinar la cuantía de la obligación alimenticia se toman en cuenta las posibilidades materiales del deudor y las necesidades reales del acreedor, se eliminará la ley extranjera y se aplicará la ley rumana.

La afirmación al final del texto de que para determinar la cuantía de la obligación alimenticia se tiene en cuenta “cualquier compensación otorgada al acreedor en lugar de los pagos periódicos de obligación alimenticia” está destinada a corregir las situaciones injustas que puedan surgir, especialmente en las relaciones entre cónyuges, por ejemplo: en el momento del divorcio, uno de los cónyuges recibió como manutención, una suma global o una parte de los bienes del otro cónyuge, en una transacción general sobre sus relaciones patrimoniales, pero posteriormente el cónyuge beneficiario solicita manutención

⁵³ D.-Al. SITARU, “Derecho internacional privado. La parte general. La parte especial de las normas de conflicto en diferentes ramas e instituciones del derecho privado”, Editorial CH Beck, Bucarest, 2013, p. 274.

⁵⁴ *Ibid.*

en virtud de una ley que no toma en cuenta la compensación que ya ha recibido, sino solo su estado actual de necesidad. En esta situación, mediante la aplicación del artículo 14 del Protocolo, la autoridad notificada podrá subsanar los efectos injustos de la ley aplicable, teniendo en cuenta la compensación ya concedida al acreedor⁵⁵.

III. Conclusiones

41. En conclusión, estamos de acuerdo con la literatura especializada que actualmente respalda el contenido actual del orden público de derecho internacional privado rumano que incluye las normas de protección de los derechos humanos. Estas normas están incluidas en el Código civil, convenciones europeas / internacionales, tratados europeos / internacionales, reglamentaciones / europeas internacionales incorporándose, al mismo tiempo, en el derecho interno de los estados contratantes. Por tanto, los imperativos del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*⁵⁶ son parte integrante del orden público de derecho internacional privado rumano y deben ser respetados, incluso si el derecho extranjero aplicable o la decisión extranjera cuya efectividad es objeto de discusión, pertenecen a Estados que no son partes de la Convención⁵⁷.

⁵⁵ D.-Al., SITARU, "Derecho internacional privado. La parte general. La parte especial-Normas en conflicto en diferentes ramas e instituciones del derecho privado", CH Beck Editorial Bucarest, 2013, p. 275;

⁶ LUPȘAN, "Guía de derecho internacional privado en el ámbito del derecho de familia." Editorial Magic Print, Onești, 2014 págs. 9-13; págs. 21-23; págs. 109-115. <http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=%2Fc%2FxcTrN7Y%3D&tabid=2980> consultado el 20 de abril de 2021.

⁵⁶ *Convenio Europeo de Derechos Humanos (actualizado)* texto revisado de conformidad con las disposiciones del Protocolo núm. 3, en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo núm. 5, en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo núm. 8, en vigor el 1 de enero de 1990 y que contiene, además, el texto del Protocolo núm. 2 que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 5, forma parte integrante de la Convención una vez que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970. <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/175187> consultado el 30 de abril de 2021.

⁵⁷ DA. POPESCU, "Itinerarios y evoluciones del derecho internacion al privado. Hacia un derecho internacional privado europeo", RRDP, no. 1/2007, Universo Jurídico, Bucarest, 2007, págs. 221-225.

VALVE CONTRA UFC-QUE CHOISIR: VIDEOJUEGOS DIGITALES FRENTE AL DERECHO

VALVE VS UFC-QUE CHOISIR: DIGITAL VIDEO GAMES VERSUS LAW

ÓSCAR IBÁÑEZ VICENTE

*Doctorando por la Universidad de Murcia
Docente en la Universidad San Jorge (Zaragoza)*

Recibido:15.12.2021/Aceptado:27.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6732>

Resumen: El presente estudio trata acerca de la naturaleza jurídica de los videojuegos digitales, bien objeto de posibles litigios en materia de consumo y con carácter internacional debido al actual mercado global. Se analizará tanto su naturaleza como bien inmateral, la protección de sus consumidores en la Unión Europea y posteriormente, utilizando la sentencia fruto del litigio de UFC, asociación de consumidores francesa, frente a VALVE, distribuidora de videojuegos digitales mediante la aplicación Steam, las diferentes condiciones a las que se somete el consumidor en sus términos y condiciones de usuario, haciendo especial énfasis en la reventa de dichos videojuegos, los tribunales competentes en caso de litigio, soluciones extrajudiciales y ley aplicable a dichos contratos.

Palabras clave: Derecho de Consumo, Derecho Internacional Privado, videojuegos, software, licencias de uso.

Abstract: This study examines the legal nature of digital video games, a good that is the subject of potential consumer litigation and with a marked international character due to the current global market. It will be analysed in terms of their nature as intangible goods, consumer protection in the European Union and then, using the verdict resulting from the dispute between UFC, a French consumer association, and VALVE, owner of the Steam platform, the main aspects to which consumers are subject in their terms and conditions of use, with special emphasis on the resale of these video games, the competent courts in case of litigation, out-of-court solutions and applicable law in these contracts.

Keywords: Consumer Law, Private International Law, videogames, software, licensing.

Sumario: I. Planteamiento de la Cuestión, 1. Plataformas Online: El videojuego digital como “servicio”, II. Naturaleza jurídica del videojuego digital, su adquisición y relación Inter partes, III. El carácter de la relación jurídica vendedor-comprador. Concepto de consumidor, IV. El consumidor de videojuegos digitales en el Derecho Internacional Privado: Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable y Competencia Judicial Internacional, 1. Concepto de Consumidor en el Derecho Internacional Privado: Competencia Judicial Internacional, A) Sumisión expresa y tácita frente al artículo 17.1c RBI, B) Asociaciones de Consumidores y “Filiales”, 2. Concepto de Consumidor en el Derecho Internacional Privado: Ley Aplicable, V. Exposición del Caso: UFC vs VALVE, 1. Análisis: demandante frente a demandado, 2. Sobre la legitimación de UFC en sus pretensiones, 3. Acuerdos de Suscripción de Steam: Cláusulas de jurisdicción y ley aplicable al contrato, 4. Videojuegos o Licencias de uso: ¿Se puede revender un videojuego digital? VII. Conclusión y crítica del fallo.

*Este trabajo se corresponde con la comunicación presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre “Legal Tech” dirigido por la profesora Juliana Rodríguez Rodrigo, profesora titular de Derecho Internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

I. Planteamiento de la cuestión

1. La industria del videojuego se ha convertido en los últimos años en punta de lanza del entretenimiento, superando en facturación al cine¹, y rompiendo fronteras entre generaciones que descubrían la informática comercial en los años 80² y los jóvenes adolescentes que hoy día juegan conectados en diversas plataformas y soportes.

2. El presente estudio se dividirá en dos partes: la primera analizará la naturaleza jurídica de los videojuegos, el estatus del comprador y el vendedor frente a posibles conflictos judiciales y la introducción de elementos internacionales en el negocio jurídico de compraventa digital de videojuegos.

3. La segunda parte se centrará en el conflicto judicial³ entre VALVE⁴ y la asociación de consumidores francesa “UFC-Que Choisir”, respecto al carácter abusivo de numerosas cláusulas de distintas versiones de los “Términos y Condiciones del Contrato” de los usuarios de “Steam”, aplicación y plataforma digital que incluye tienda online, propiedad de VALVE.

4. Dado que en el litigio se han abordado cuestiones de diferentes materias, el presente análisis se limitará a lo acordado anteriormente, sin óbice de un futuro estudio del resto de aspectos, tales como la propiedad intelectual, el dinero electrónico o el derecho de admisión bajo las reglas de la comunidad establecidas unilateralmente por VALVE.

5. En dicho fallo, se determinará la competencia judicial del caso mediante un análisis de la normativa francesa, recurriendo a textos como el Código de Consumo Francés, que establece su concepto de consumidor⁵, armonizado por la directiva europea de consumo⁶, así como la aplicabilidad y los conceptos de consumidor de los reglamentos Bruselas 1Bis⁷ y Roma I⁸.

6. Por último, no deja de ser necesaria la plena identificación de partes en el litigio. Si bien, es la asociación UFC-Que Choisir la demandante, puede generar cierta confusión el hecho de que durante todo el litigio se hable de Valve SARL y Valve Corp (o Valve). Debe identificarse, tal y como se ha aclarado anteriormente, que Valve SARL constituye la filial de Valve Corp (empresa estadounidense), y que dicha filial acabó siendo absorbida por la empresa matriz en el año 2016.

¹ Es más, según la AEVI (Asociación Española de Videojuegos), y en función de los datos obtenidos por Comsore y Promusicae, solo en España, la facturación anual de la industria de los videojuegos duplicó a la industria del cine y musical juntas, véase <http://www.aevi.org.es/>

² M.J.P WOLF., An Introduction to the Video Game Theory, *Revista de Comunicació Audiovisual*, Universitat Pompeu Fabra, N°4, 2005, páginas 3-19, si bien, los primeros videojuegos datan de los años 60-70 (con precursores anteriores durante los años 50), los años 80 es denominada como la “era dorada” de los videojuegos, apareciendo nuevas marcas, tecnologías y dispositivos tras el llamado “crash de Atari” de 1983.

³ Que resulta en la Sentencia del Tribunal de Grand Instance de París de 17 de septiembre de 2019, *RG 16/01008, N° Portalis, 352J-W-B7A-CHAS*.

⁴ En el actual litigio, si bien se menciona Valve y Valve SARL (filial de Valve en Luxemburgo), se produce un litisconsorcio, juzgándose y sentenciándose a ambas, siendo analizada la cuestión de la dualidad de denunciados más adelante.

⁵ “Pour l’application du présent code, on entend par: - consommateur: toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole;”

⁶ Directiva 2011/83 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, *DOUE L 304/64* de 22 de noviembre de 2011, páginas 64- 90, que en su artículo 2.1, entiende por consumidor “*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión;*”

⁷ Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE L 351/1* de 20 de diciembre de 2012, páginas 1-33, referenciado en el presente estudio como “Reglamento Bruselas 1 Bis”.

⁸ 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 L 177/6* de 4 de julio de 2008, páginas 6-16, referenciado en el presente estudio como “Reglamento Roma I”.

7. No obstante, podrían existir dudas acerca de la relación consumidor-empresa filial-empresa matriz en el derecho internacional privado respecto a qué tribunal es competente frente a posibles litigios y a la domiciliación del demandado; encontrando respuesta en el presente texto.

1. Plataformas Online: El videojuego digital como “servicio”

6. Durante los últimos años los productos relativos al software, tanto de ocio como de carácter técnico, han sufrido un proceso de desmaterialización sucesivo, pasando de sostenerse en formato físico consistente en disquetes o CD-ROM a alojarse en sitios web y proceder a su descarga.⁹

7. Ello ha creado varias preguntas respecto a la naturaleza de los videojuegos. ¿Sigue siendo un bien al eliminarse su soporte físico y únicamente sostenerse en una contraseña o código transferible en un sitio web?

8. Otra de las dudas surge ante la adopción del concepto “videojuego como servicio” por parte de la industria. Dicha perspectiva se basa en, al margen de la digitalización del producto, la oferta de suscripciones (independientes o no a la adquisición previa del juego) alargando la rentabilidad del videojuego en el tiempo.¹⁰

9. Este planteamiento se ha hecho común en el mercado, habiendo sido adoptado como modelo de negocio en distintas empresas¹¹. Ello da pie a que el comprador pueda desarrollar una relación jurídica compleja, donde acepte términos y condiciones de una plataforma online donde adquiera videojuegos digitales (siendo la plataforma un distribuidor del producto), pudiendo a su vez ser estos títulos adquiridos videojuegos que requieran de una suscripción o no.

10. El quid de la cuestión en el caso expuesto es el papel y la naturaleza jurídica de estas plataformas online. ¿Son simples distribuidoras de productos, intermediarias u ofrecen un servicio de suscripción? ¿Qué derecho tiene el usuario sobre los videojuegos digitales que adquiere en dichas plataformas?

11. Sobre estas dudas, surge una discusión interesante acerca de la tipología contractual de esta relación jurídica, así como del número de negocios jurídicos que pueden existir en dicha relación. La atipicidad en la contratación informática ha sido abordada por distintos autores, tales como Calle D’Aleman¹² o Davara Rodríguez¹³, pero en el caso de las plataformas virtuales de compraventa de videojuegos, es asumible la analogía con su reflejo en la realidad.

12. Dicho reflejo, se trata de las propias empresas distribuidoras de bienes y servicios fuera de Internet. Al margen de todas las posibilidades que pueden darse en el derecho, la función de dichas empresas distribuidoras de software de videojuegos es ser escaparate y comercializar distintos videojuegos de diferentes creadores y estudios a cambio de un porcentaje por venta realizada.

⁹ GIUDITTA DE PRATO, “Sentando las bases de los servicios digitales. La innovación a través de los videojuegos online”, *Revista de Estudios de Juventud*, número 98, 2012, páginas. 36-50, explica acerca de la transformación del sector y el cambio de modelo de negocio en los videojuegos gracias a la desmaterialización.

¹⁰ W. CHOW Y S. HUIE, “Online gaming: Real issues in virtual worlds”, *Media Industry Accounting Group, PwC NL Publications*, 2015, páginas 1-28, define el videojuego como servicio como un “modelo de negocio”, considerándolo que “*this model encompasses online or hosted games where the operational business model is the delivery of the game as a service, regardless of whether accessed by PC, console, or mobile device.*”

¹¹ Véase los “Game Pass” de Sony y Microsoft, bajo los cuales, a cambio de una suscripción mensual, se obtiene acceso a un catálogo de videojuegos en formato digital, o los videojuegos que requieren del pago de una cuota mensual al margen del pago inicial por el juego, común en los MMORPG (Juegos de Rol Masivos Online) tales como World of Warcraft.

¹² S. B. CALLE D’ALEMÁN, “Contratación Informática: una visión crítica de la perspectiva española”, *Opinión Jurídica*, Volumen 1, Número 2, 2002, páginas 91-112.

¹³ M.A DAVARA RODRÍGUEZ, “*Manual de Derecho Informático*”, Aranzadi, Madrid. 1997.

13. Por tanto, la relación jurídica habitual entre las tiendas de videojuegos digitales localizadas en internet y sus consumidores, no dista en principio de una compraventa de bienes y servicios (caso último si se da una suscripción, analizada más adelante) habitual, por lo que no se genera un supuesto realmente atípico, utilizando las normas concernientes al Código Civil, la Ley de Consumidores y Usuarios, y en este caso preciso, la Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico¹⁴.

14. Sin embargo, la aparentemente cristalina relación entre consumidores y empresas comienza a enturbiarse en cuanto aparecen otros factores dentro de dicho negocio jurídico. Por ejemplo, es habitual la oferta de otros servicios ligados a la suscripción o compraventa del videojuego en una plataforma digital, tales como foros de discusión internos entre usuarios, servicio técnico, monederos de dinero electrónico o lugares donde depositar creaciones por parte de los usuarios.

15. Incluso la propia relación jurídica de consumidor y empresa se ha procurado enturbiar aludiendo al conocimiento medio del público de videojuegos ante los productos y servicios que adquieren; además de surgir ambigüedades respecto a la propiedad real de los videojuegos y software adquirido en algunas plataformas, denominando la pertenencia de dichos programas como “licencias de uso a perpetuidad”.

16. Ambas cuestiones pretenden aclararse en las próximas líneas, desentrañando la naturaleza jurídica de un videojuego digital, así como examinando la relación jurídica consumidor-empresa.

II. Naturaleza jurídica del videojuego digital, su adquisición y relación Inter partes

17. Al margen de la naturaleza de la relación jurídica, debe analizarse la naturaleza del videojuego per se. ¿Cómo se regula un videojuego? ¿Qué es?

18. Es necesario identificar como mínimo dos elementos habituales de todo programa informático: el software y su soporte físico. La habitualidad se centra en la existencia o no de soporte, ya que tal y como se ha introducido previamente, el soporte físico ha dejado de ser un elemento necesario, encontrándose el software directamente en la red o en una nube.

19. Respecto al contenido del software per se, cabe remarcar la naturaleza plural del videojuego. El videojuego no solo consiste en un software, sino que, ligado a este, existe un contenido artístico, fundamentalmente música, sonidos e imágenes, al margen del código informático que pone en funcionamiento el propio software.

20. Surge por tanto la necesidad de una doble protección jurídica, tanto en el caso del código del software que permite el funcionamiento del videojuego, así como de sus distintos materiales audiovisuales¹⁵, que si bien pueden separarse del bien (por ejemplo, la banda sonora o los “concept art” realizados), su distribución suele ser anexa a la venta bien principal, el videojuego.

¹⁴ A expensas de la definitiva aprobación de la 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, sería de aplicación el título cuarto del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico respectivamente.

¹⁵ A. RAMOS, L. LÓPEZ, T. MENG, S. ABRAMS Y A. RODRÍGUEZ, “The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches”, *World Intellectual Property Organization*, 2013.

21. En definitiva, un videojuego es un bien mueble cuyo soporte puede ser físico o digital y que dispone de componentes separados e identificables en cuanto a su protección y regulación (fundamentalmente software y material artístico), pero unificados en un mismo producto¹⁶.

22. Una vez identificada la naturaleza jurídica del videojuego, sea digital o físico, es objetivo del presente estudio analizar la adquisición de videojuegos digitales. Cabe mencionar la diferencia realizada por Calle D'Alemán entre contratos informáticos y contratos electrónicos, siendo el objeto de los primeros "bienes intangibles susceptibles de digitalización", mientras que los contratos electrónicos se definen "no por su objeto sino por el medio a través del cual se realiza, es decir, medios electrónicos".¹⁷

23. Dicho negocio jurídico es cuestión de polémica hoy día debido a que numerosas empresas, en los Términos y Condiciones de Uso de sus plataformas, han optado por definir la hipotética compra de un videojuego o de un software sin soporte físico como una "licencia de uso".

24. ¿Supone una desventaja real del comprador frente al vendedor el suministro de "licencias de uso" frente al negocio jurídico de compraventa de videojuegos digitales? ¿Qué supone dicho cambio en el negocio jurídico?

25. Es necesario mencionar que el suministro de licencias de uso es un negocio jurídico atípico en el derecho español, ya que no dispone de una regulación específica en un cuerpo legal determinado¹⁸, pudiendo dificultar la comprensión o la predictibilidad en el desarrollo de la relación jurídica comprador-vendedor.

26. No obstante, es preocupante que el margen discrecional legal en materia de adquisición de videojuegos digitales que otorga la atipicidad del contrato sea beneficioso ad futurum para el distribuidor frente al comprador. Davara Rodríguez describía en su día como "*los contratos informáticos, hoy en día, carecen de jurisprudencia y carecen de costumbre. La doctrina se mueve en un estado de total anarquía, caracterizada por la incertidumbre del hombre medio frente al problema informático*"¹⁹, así como Carrascosa González, en un tenor similar determinaba que "*Los contratos informáticos operan como verdaderos laboratorios de pruebas de nuevos y distintos tipos contractuales sinalagmáticos*"²⁰.

27. Sin embargo, frente a las dudas iniciales que pudieren surgir frente a este negocio jurídico y su regulación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha realizado una interpretación expansiva en la Sentencia *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp*²¹, asimilando sus efectos jurídicos a los de una compraventa por medios electrónicos.

¹⁶ La definición jurídica del videojuego no es un tema baladí y de consenso general. Hoy día no se dispone de una definición jurídica exacta de qué se considera un videojuego, si bien la RAE lo define como: "*1. Juego electrónico que se visualiza en una pantalla. 2. Dispositivo electrónico que permite, mediante mandos apropiados, simular juegos en las pantallas de un televisor; una computadora u otro dispositivo electrónico*", no hay un claro consenso respecto a la terminología legal. No obstante, sí que existe cierto reconocimiento en cuanto reconocer su naturaleza plural respecto a sus elementos susceptibles de protección jurídica: el software y el material artístico véase la opinión de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual): https://www.wipo.int/copyright/es/activities/video_games.html

¹⁷ S. B. CALLE D'ALEMÁN, "Contratación Informática: una visión crítica de la perspectiva española", *Opinión Jurídica*, Volumen 1, Número 2, 2002, página 107.

¹⁸ Debiendo acudir a textos como el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, *BOE* de 22/04/1996, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, *BOE* de 14/04/1998 o a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, *BOE* de 12 de julio de 2002.

¹⁹ M.A DAVARA RODRÍGUEZ, "*Manual de Derecho Informático*", Aranzadi, Madrid. 1997, página 206.

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "*Contratos Internacionales*", Tecnos, Madrid. 1997, página 1714.

²¹ STJUE 3 de julio 2012, *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407*, sus considerandos 48 y 49 señalan como la compra de software en la mayoría de las plataformas virtuales, no constituyen una compraventa habitual per se si el videojuego es digital, sino una licencia de uso al aplicarse una interpretación expansiva del término "venta".

III. El carácter de la relación jurídica vendedor-comprador. Concepto de consumidor

28. El comprador habitual de videojuegos, ideado como un bien de consumo, es el público masivo. Por ello, es de considerar realizar una reseña respecto a la aplicabilidad o no del concepto de consumidor y relación de consumo en la compra de videojuegos digitales o suscripción, obteniendo la protección especial que ostentan los consumidores y usuarios o no.

29. En primer lugar, cabe plantearse la duda acerca de la aplicabilidad de la regulación de consumo a los contenidos digitales y la afección de estos a posibles usos profesionales. Tanto la normativa europea²² como su trasposición en España²³, indican con claridad que efectivamente, los contenidos digitales y adquisición por consumidores gozan de la protección aplicable al consumidor²⁴, tanto desde una perspectiva española como europea.

30. Otra de las características necesarias para considerar la existencia de una relación de consumo, al margen de la naturaleza en los bienes o servicios, es respecto a la naturaleza jurídica del comprador y vendedor, ya que ésta puede ser mutable (ya que, en ocasiones, un consumidor puede operar como representante profesional de una empresa en una compraventa, dejando de ser consumidor para esa operación concreta, pero siendo consumidor en su vida extraprofesional).

31. Dicho requisito es una evolución de la dirección tomada tanto por reguladores como por doctrina previa a la Directiva 2011/83 UE²⁵, donde el concepto de consumidor ha acabado basándose en dos circunstancias básicas:

- 1) Indiferencia ante la posibilidad de que el consumidor pueda actuar como un no consumidor en determinadas situaciones debido a su ámbito profesional o conocimientos²⁶ (criterio de ajenidad).
- 2) Destino y uso²⁷ que se da al bien o servicio, profesional o no profesional (criterio de uso)²⁸.

²² Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, «DOUE» núm. 304, de 22 de noviembre de 2011, páginas 64 a 88

²³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

²⁴ Véase Considerando 19 en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores: “*Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, videos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*”

²⁵ Antes de los trabajos que dieron como fruto la Directiva 2011/83/UE, la doctrina y el propio legislador no contaban con una definición clara y uniforme del concepto consumidor, si bien la STJUE «Gut Springenheide» de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, RJTJ p. 1-4657 acuñó la definición de “consumidor medio”, encontrando una dispersión normativa que señala L. GONZÁLEZ VAQUE en “La Noción de Consumidor Medio Según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8. Núm. 17, enero-abril 2004

²⁶ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, apartado 29: “*El concepto de «consumidor» [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.*”

²⁷ Retornando al a cuestión relativa a las licencias de uso de contenidos digitales, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2005, *Gruber vs Bay Wa AG*, C-464/01, podría servir al objeto de discusión acerca de si las licencias online pueden tener un uso doméstico y uso profesional (y como se mide la afección de la licencia a cada una de las actividades), tal como en el caso pese a que en el caso de las licencias de uso de software de videojuegos, resulta complejo plantear casos donde un videojuego tenga un fin “profesional”, pudiendo contemplarse en casos de equipos de e-sports, o en prensa de videojuegos electrónica.

²⁸ A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, apartado 17, explica también el resultado de utilizar dicho bien o servicio para un fin profesional, aunque no estuviera previsto inicialmente: “*Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesio-*

32. Consecutivamente, tanto doctrina como jurisprudencia de la Unión Europea y de España, ofrecen varias definiciones sobre el estatus de “consumidor”, así como sus límites, véanse los distintos conceptos ofrecidos por la normativa española en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁹, en el artículo 2, definición primera en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores³⁰, o los ofrecidos por autores como S. Cámara Lapuente³¹, detectándose una mayor homogeneización en el concepto respecto a la normativa anterior a la Directiva 2011/83/UE.

33. En definitiva, una vez analizada la naturaleza jurídica del videojuego digital y revisadas las características de su adquisición para la obtención de un estatus de consumidor, previo análisis del fallo aludido en inicio de VALVE vs UFC, es de interés analizar como el estatus jurídico del consumidor también es protegido por el Derecho Internacional Privado, dada la posibilidad de elementos internacionales en dicha relación externos a la Unión Europea, examinando qué tribunales serán competentes en caso de litigio fruto del contrato y que ley será aplicable en dicha adquisición.

IV. El consumidor de videojuegos digitales en el Derecho Internacional Privado: Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable y Competencia Judicial Internacional.

1. Concepto de Consumidor en el Derecho Internacional Privado: Competencia Judicial Internacional.

34. Ante la regulación asimétrica y protectora de una de las partes, cabe recordar que las relaciones de consumo no dejan de considerarse relaciones privadas, al margen de que una de las partes, el consumidor, tenga una protección especial.

35. Esta salvaguarda, se refleja también el Reglamento (UE) N°1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la

nal, aunque esta se prevea para un momento posterior; dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional”

²⁹ Resulta de interés como el derecho español, a diferencia de la aparente perspectiva ofrecida por la Unión Europea, da margen a considerar como consumidor a una persona jurídica: “*son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. [...] Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”.

Dicha consideración no se ha considerado incompatible con la perspectiva restrictiva del estatus de consumidor que el Tribunal de la Unión Europea ha esgrimido en casos como STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*) o, tal y como se ha citado con anterioridad, el asunto Schrems (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018, C-498/16), ya que citando a la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19, los estados miembros “*pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación [...], siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados*”. Dicha extensión del concepto de consumidor ha sido también reflejada en la jurisprudencia española, véase STS 232/2021, de 29 de abril de 2021, Sala de lo Civil, *ECLI:ES:TS:2021:232*.

³⁰ “*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”, complementaria con el considerando 17 de la misma directiva: “*La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor*”.

³¹ “*cualquier persona física que actúa «principalmente con fines que no están relacionados con su comercio, empresa o profesión» [art. 1.- 1:105(1) y Anexo DCFR de 2009] o «que están fuera de la actividad empresarial de esta persona» [art. 1:201 Acquis Principles]*”, S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, No 1, página 87.

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, siendo la normativa aplicable a la hora de determinar los tribunales competentes en los contratos de consumo internacionales, en su artículo 17.1.

36. Tanto la doctrina como la jurisprudencia³² han considerado que el concepto de “consumidor” del Reglamento Bruselas I bis es un concepto de consumidor “autónomo y restringido”³³.

37. Autónomo, porque se usará únicamente la definición de consumidor del Reglamento Bruselas I Bis para garantizar una protección homogénea en todos los estados firmantes³⁴; y restrictivo porque ciertas actividades que realiza un comprador pueden no considerarse de consumo, debido a que dicha adquisición se hace para un fin profesional³⁵.

38. Este consumidor “autónomo y restrictivo”, deberá ser considerado “consumidor pasivo” para gozar de la protección que reconoce el Reglamento Bruselas I bis, específicamente en su artículo 17.1.c³⁶.

39. ¿Qué características tiene un “consumidor pasivo”? La doctrina y la jurisprudencia han establecido dos situaciones que definen dichas características:

- a) El empresario comercia y realiza operaciones habitualmente con el país domicilio del consumidor, siendo relevantes el número de contrataciones realizadas respecto del total, la facturación realizada, la publicidad destinada a tal país, agentes contratados en dicho estado, etc. Dicha situación se denomina “Doing Business”³⁷.
- b) El empresario dirige intencionalmente sus operaciones de captación por cualquier medio de comunicación hacia varios mercados, entre los que se encuentra el país domicilio del consumidor, considerándose esta situación como “Stream of Commerce”³⁸. No obstante, surgen divergencias y dudas respecto al término “actividad dirigida”, expuestos en la Tesis de la Focalización³⁹.

40. El consumidor activo, por tanto, no gozaría de la especial protección que varias normas, especialmente el Reglamento Bruselas I bis, otorga al pasivo. La diferencia que distingue al consumidor activo o pasivo es la iniciativa del propio consumidor: si este busca de un modo activo un producto ofrecido en otro estado miembro para adquirirlo sin haber una existencia previa de focalización o ac-

³² E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al estado miembro del consumidor: stream-of-commerce”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2012, volumen 4, número 2, páginas 70-92, u otros como P.A. NIELSEN, “Brussels I Regulation”, *U. Magnus / P. Mankowski (ed.)*, 2ª ed., Munich, 2012, páginas. 382-383 y en jurisprudencia, STJUE 3 octubre 2019, *Petruchová*, C-208/18 o STJUE 25 enero 2018, *Schrems vs Facebook*, C-498/16.

³³ J CARRASCOSA GONZÁLEZ Y, A. CALVO CARAVACA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, página 3293, Tirant lo Blanch 2020.

³⁴ A. ARROYO APARICIO, “Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores”, *Revista Electrónica de Direito*, febrero de 2018, nº 1, página 15.

³⁵ Véase STJUE 25 enero 2018, *Schrems vs Facebook*, C-498/16, o STJUE 23 diciembre 2015, *Hobohm*, C-297/14, donde se establece como un uso profesional de los bienes adquiridos podría provocar la pérdida de condición de consumidor que otorga el Reglamento Bruselas I Bis, o como anteriormente se mencionó, *Gruber vs Bay Wa AG*.

³⁶ “1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5: [...] c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.”

³⁷ J CARRASCOSA GONZALEZ Y, A. CALVO CARAVACA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, página 3304, Tirant lo Blanch 2020 o STJUE 7 diciembre 2010

³⁸ Véase STJUE 17 octubre 2013, *Emrek*, C-218/12, *ECLI:EU:C:2013:662*. fundamento 30.

³⁹ En dicha teoría, se distinguen las acciones realizadas por el empresario con fines de análisis o interés ajeno a establecer relaciones necesariamente comerciales de las acciones y comportamientos activos que se dirigen al consumidor objetivo y al establecimiento en el mercado objetivo. Para más información, consúltese H.W. MICKLITZ, N. REICH Y S. WEATHERILL, “EU Treaty Revision and Consumer Protection”, *Journal of Consumer Policy*, número 27, 367–399 (2004), J CARRASCOSA GONZALEZ Y, A. CALVO CARAVACA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, página 3305, Tirant lo Blanch 2020 o STJUE 7 diciembre 2010, C-585/08 y C-144/09, *Pammer*, FJ 71 y 94.

tividad dirigida del empresario, perderá la protección jurisdiccional que le otorga el artículo 17.1 del Reglamento Bruselas 1 bis.

41. ¿Qué ocurriría si el consumidor no cumple los requisitos del artículo 17?1, en especial el tratado anteriormente 17.1.c? No gozará de la protección que el Reglamento Bruselas I bis otorga a los consumidores, por lo que deberá acudir al foro general (domicilio del demandado, artículo 4 del Reglamento Bruselas 1 bis), o al foro especial en materia contractual (artículo 7.1.a del Reglamento Bruselas 1 Bis) en defecto de sumisión expresa o tácita.

42. En el caso de que el demandado no residiera en el estado miembro (y no disponga de la protección ofrecida por el artículo 17.1.c), habrá que tener en cuenta el artículo 6 del Reglamento Bruselas 1 bis, rigiéndose por lo establecido en las normas de producción interna de los estados miembros correspondientes.

43. Las soluciones ofrecidas por el Reglamento Bruselas 1 bis han permitido dar una solución menos gravosa para el consumidor en situaciones donde el empresario no residía en un estado miembro de la Unión Europea, debiendo acudir a las normas de competencia judicial internacional de producción interna de cada estado miembro, no otorgando una protección homogénea real a los consumidores⁴⁰.

44. Cabe recordar que la protección especial del artículo 17.1.c, rompe con la relevancia del domicilio de la empresa demandada⁴¹, pudiendo el consumidor demandar desde su domicilio a la empresa si cumple las condiciones de consumidor pasivo, bajo la noción de consumidor autónomo y restringido del Reglamento Bruselas 1 bis.

A) Sumisión expresa y tácita frente al artículo 17.1c RBI

45. Debe tenerse en cuenta la existencia de cláusulas en el contrato de consumo donde se establecen los tribunales competentes, de modo expreso o tácito. No obstante, el artículo 19.1 del Reglamento Bruselas 1 Bis, establece una serie de reglas respecto a la sumisión:

- 1) Respecto a la sumisión expresa, se podrán acudir a tribunales acordados entre las partes en acuerdos posteriores al litigio y que dicho acuerdo permita al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento Bruselas 1 Bis.

Otra posibilidad, sería en caso de que consumidor y empresario, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyen competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos⁴².

En caso contrario, toda cláusula de sumisión se consideraría nula.

- 2) Si dicha sumisión fuera tácita y se dirigiera a los tribunales de un estado miembro, sería válida al ser posterior al nacimiento del litigio⁴³ y estaría amparada en el artículo 26 del

⁴⁰ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: que ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, octubre-diciembre 2013, páginas 9-35.

⁴¹ “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor.”

⁴² Véase artículo 19. del Reglamento Bruselas 1 Bis y J CARRASCOSA GONZALEZ Y, A. CALVO CARAVACA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, página 3313, Tirant lo Blanch 2020.

⁴³ “1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. [...]”

Reglamento Bruselas I-bis⁴⁴, teniendo en cuenta las precisiones de su apartado segundo del propio artículo⁴⁵.

B) Asociaciones de Consumidores y “Filiales”

46. Antes de abordar las cuestiones relativas a la ley aplicable del contrato de consumo, cabe recoger dos cuestiones finales.

47. La primera, recordar que el Reglamento Bruselas 1 bis ni ampara con su foro especial de consumo (artículo 17.1.c) las acciones de asociaciones de consumidores en dicha normativa o las acciones colectivas de cedentes de derechos⁴⁶, ni tampoco permitirá acudir al foro especial en materia de contratos (artículo 7.1.a) al no existir relación contractual.

48. No obstante, dichas asociaciones podrán acudir al foro general del Reglamento Bruselas 1 bis (artículo 4), no quedando totalmente excluidas de este.

49. En segundo lugar, la posibilidad de que la empresa con la que contrata el consumidor posea sucursales en distintos estados miembros.

50. En ese caso, el Reglamento Bruselas I bis, en su artículo 17.2, señala que “2. Cuando el contratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro”.

51. No deja de ser polémica la traducción y distinción entre los términos “filial” y “sucursal” en ciertos idiomas, pudiéndose considerar desde una oficina o delegación, hasta una empresa independiente, pero parte de un mismo conglomerado corporativo.

52. Ante dichas dudas, es fundamental analizar qué funciones realiza la entidad en cuestión: si son simplemente representativas sin constituir una empresa en la práctica independiente se tratará de una sucursal, o si hablamos de una empresa independiente y plenamente funcional en cuanto a sus relaciones con sus consumidores frente a la empresa “matriz”, será probablemente una filial.

53. Por ello, el consumidor pasivo de un estado miembro que cumple las condiciones establecidas por el Reglamento Bruselas 1 bis, podrá acudir:

- 1) Si el empresario está domiciliado (ya sea su empresa matriz o sucursal) en un estado miembro, ante los tribunales de dicho estado o bien ante los de su propio domicilio. (Artículos 17.2 y 18 del Reglamento Bruselas 1 Bis).

⁴⁴ STJUE 7 febrero 2013, *Refcomp*, C-543/10, fundamentos 21 y 27.

⁴⁵ “En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no.”

⁴⁶ Recordando sentencias tales como STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00 o STJUE 25 enero 2018, *Schrems vs Facebook*, C-498/16, en su fundamento 44: “no son consumidores una asociación de consumidores o un «cesionario de los derechos de los consumidores”. Tal y como apoya J CARRASCOSA GONZÁLEZ Y, A. CALVO CARAVACA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, página 3296, Tirant lo Blanch 2020: “Si el consumidor cede sus derechos a un cesionario, éste no es, él mismo, parte en el contrato y por tanto no puede acogerse al foro de protección previsto para los consumidores. El art. 17 RB I-bis sólo se aplica, a la ejercitada por el consumidor in personam contra la otra parte contratante”.

- 2) El caso de que el empresario esté domiciliado en un estado tercero, acudirá al foro especial de consumo (Artículo 17.1.c del Reglamento Bruselas 1 Bis), o bien tribunales del estado miembro donde tenga la sucursal la empresa demandada (17.2 Bruselas 1 bis).

2. Concepto de Consumidor en el Derecho Internacional Privado: Ley Aplicable

54. Respecto a la ley aplicable al contrato de consumo con elemento internacional, cabe recordar el carácter erga omnes⁴⁷ del Reglamento nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aplicándose dicho texto.

55. En un primer análisis, es necesario mencionar el principio de “libertad de elección de las partes”⁴⁸ conforme a elegir la ley por la cual se rige un contrato de materia civil o mercantil⁴⁹, establecido en su artículo 3.

56. No obstante, el Reglamento Roma I posee determinados artículos que protegen la posición del consumidor, protección más que “de beneficio o superioridad”⁵⁰ ante un empresario que pueda escoger una norma mucho más beneficiosa para sus intereses, provocando un detrimento de los derechos del consumidor.

57. Dicho artículo es el 6 del Reglamento Roma I, que establece como ley aplicable al contrato la de la residencia habitual del consumidor. Cabe tener en cuenta ciertas condiciones que se imponen para su aplicación en un contrato internacional de consumo, así como ciertas liberalidades en consonancia con el artículo 3 del propio reglamento:

- 1) Preferencia de elección de ley por las partes mediante el artículo 3, bajo condición de que la elección de dicha ley no podrá repercutir en el consumidor en una disminución de protección frente a la ley del domicilio del consumidor⁵¹.
- 2) En caso de falta de elección de ley, protección al consumidor condicionada a las reglas de “Stream Commerce” y “Doing Business”, recogidas en el artículo 6.1.a y b⁵².

58. Si se no cumplieran las reglas de consumidor pasivo (“Stream Commerce” y “Doing Business”), serán de aplicación al consumidor activo los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, no pudiendo aplicarse la protección del 6.1.

⁴⁷ A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones esquivadas”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 24, marzo-abril, 2009.

⁴⁸ Cabe incidir también en el apartado 5 del artículo 3, donde se establecen los requisitos para que dicha elección sea válida, tanto a nivel material como formal, así como asegurar la capacidad jurídica de contratar entre las partes “5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.”

⁴⁹ Teniendo en cuenta que los contratos de consumo forman parte del ámbito aplicable del Reglamento Roma I, no siendo excluido en ámbito de aplicación material de su artículo 1.

⁵⁰ P. BERTOLI, “La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”. *Atti della giornata di studi*. CEDAM – Padova. 2006, páginas 9-29.

⁵¹ Véase Artículo 6.2 del Reglamento Roma I: “Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.”

⁵² “[...] se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.”

59. No obstante, el consumidor activo no quedará del todo desprotegido de no verse acogido por el 6.1 del Reglamento Roma 1, ya que, para los contratos no recogidos por éste, han surgido una serie de directivas que protegen al consumidor activo en distintos ámbitos⁵³.

60. Por tanto, respecto a la ley aplicable en un contrato de consumo, cumplidas las reglas de aplicabilidad de “Steam Commerce” o “Doing Business” anteriormente explicadas:

- 1) Se mantendrá el principio de libertad de elección de un modo atenuado, condicionado a que dicha elección, no suponga un menoscabo a los derechos del consumidor según el Artículo 6.2 del Reglamento Roma 1⁵⁴.
- 2) Si no hubiera una elección de ley expresa, se acudiría al Artículo 6 del mismo reglamento, siendo la ley aplicable la del país donde el consumidor tenga su residencia habitual⁵⁵.

61. Una vez identificadas las normas a las que se acudiría en caso de conflicto judicial entre consumidor-empresa (de tercer estado o establecido en la UE), se va a examinar el caso UFC vs Valve, de interés para analizar distintas cuestiones ya expuestas.

V. Exposición del Caso: UFC vs VALVE.

62. El caso UFC contra VALVE aborda distintas cuestiones no solo relativas al derecho de los consumidores, sino que aborda distintas materias tales como propiedad intelectual de los bienes adquiridos, cuestiones relativas al dinero electrónico o protección de datos personales.

63. De hecho, en la sentencia, especialmente en el *petitum* de UFC, se pueden distinguir las siguientes materias vulneradas:

- a) Vulneración a los derechos del consumidor, recogidos en el *Code Français de la Consommation*⁵⁶, que recoge las modificaciones generadas por la Directiva 2011/83/UE que homogeneizó la protección mínima relativa a los consumidores, así como diversas definiciones legales.
- b) Vulneración a la protección de datos personales, recogidos en la *Loi Informatique et Libertés*⁵⁷, fruto de la trasposición del RGDP 2016/679 del 27 de abril de 2016, así como una mención al Escudo de la privacidad UE-EE. UU. instrumento el cual se adoptó el 12 de julio de 2016, hoy día derogado⁵⁸.

⁵³ Entre otras, la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993 de cláusulas abusivas, Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997 o la Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

⁵⁴ “No obstante, lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.”

⁵⁵ “1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

- a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o
 - b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país,
- y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

⁵⁶ Para facilitar el análisis, se traducirá como “Código Francés de Consumo”

⁵⁷ Para facilitar el análisis, se traducirá como “Ley de Protección de Datos Personales francesa”.

⁵⁸ STJUE de 16 de julio de 2020, *Schrems vs Facebook*, C-311/18, *ECLI:EU:C:2020:559*

- c) Vulneración a los derechos de autor, recogidos en el *Code de la Propriété Intellectuelle*⁵⁹ y aludiéndose posteriormente a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001⁶⁰, a la Directiva 2009/24/CE⁶¹ y al Convenio de Berna⁶².

64. No obstante, en el presente artículo se presentará una parte introductoria de la sentencia, con especial atención en dos cuestiones principales:

- a) ¿Son válidas las redacciones de los Términos y Condiciones respecto a los tribunales competentes en caso de litigio y la ley aplicable al contrato?
 b) ¿Existe un derecho de reserva respecto a la propiedad de un videojuego digital que impida su reventa, o dicho derecho se extingue una vez vendido el videojuego por primera vez?

65. Ambas preguntas remiten a los dos análisis realizados con anterioridad: competencia judicial y ley aplicable en los contratos internacionales de consumo, y la naturaleza jurídica de los videojuegos digitales.

1. Análisis: demandante frente a demandado

66. En primer lugar debemos analizar a la demandante, la asociación de consumidores francesa “UFC-Que Choisir”, que pretende ejercer su legitimación activa frente a los tribunales franceses, en defensa de los intereses de los consumidores franceses frente a cláusulas que considera abusivas en distintas condiciones generales de uso de la aplicación Steam.

67. Dichas condiciones de uso, estaban recogidas en los “Acuerdos de Suscripción”⁶³ de la aplicación Steam, una plataforma digital multifunción, utilizada fundamentalmente para la adquisición de videojuegos digitales, anunciado UFC el inicio de acciones legales en su sitio web⁶⁴, a día 17 de diciembre de 2015.

68. Las empresas demandadas son VALVE S.A.R.L, regida por el derecho de Luxemburgo, y absorbida desde el año 2016 por la empresa matriz americana VALVE CORP., dueña de la aplicación de distribución, compra, venta y “cloud” de videojuegos y software Steam, así como otros servicios relacionados con la distribución de hardware.

69. Debe indicarse, que dada la asunción de funciones que VALVE S.A.R.L ejercía por la empresa VALVE CORP, no debe confundirse a la primera con una empresa “filial”⁶⁵, sino que, en la práctica, ejercía como una oficina o sucursal de la empresa americana en territorio europeo.

⁵⁹ Para facilitar el análisis, se traducirá como “Código de Propiedad Intelectual Francés”.

⁶⁰ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *DOUE*, L 304/64, 22 de noviembre de 2011.

⁶¹ Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, *DOUE*, L 111/1, 5 de mayo de 2009.

⁶² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, del 9 de septiembre de 1886, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908 y en Roma el 2 de junio de 1928, «*Gaceta de Madrid*» núm. 115, de 25 de abril de 1933.

⁶³ UFC menciona específicamente los “Acuerdos de Suscripción de Steam” de los años 2015, 2017 y 2018

⁶⁴ véase <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-plateforme-de-jeux-video-steam-l-ufc-que-choisir-assigne-la-societe-valve-n13559/>.

⁶⁵ Puede dar a confusión el término francés “filiale” utilizado en la página 2 de la sentencia. A efectos legales y materiales, la oficina luxemburguesa no generó ni desarrolló productos u ofrecía servicios distintos, siendo una compañía subsidiaria que justificaba la presencia de la empresa en el continente europeo.

70. Para facilitar la exposición del análisis, se considerará a ambas empresas como “VALVE”, dado que en la práctica eran parte del mismo entramado, siendo VALVE S.A.R.L una mera subsidiaria.

71. Tras la audiencia pública en fecha 2 de abril de 2019⁶⁶, se procedió a dictar sentencia en fecha 17 de septiembre de 2019⁶⁷.

2. Sobre la legitimación de UFC en sus pretensiones.

72. Antes de la celebración de la vista, VALVE alegó frente al tribunal la falta de legitimación activa de UFC en determinadas peticiones realizadas por la asociación, no pudiendo bajo su juicio demandar la nulidad de cláusulas relacionadas con la protección de datos personales de los usuarios, señalando además que un tercero frente a los consumidores (UFC) no podía invocar el agotamiento de la propiedad intelectual de los videojuegos digitales distribuidos en Steam.

73. Sin embargo, VALVE no pone en cuestión la legitimación de UFC para ejercer acciones en defensa de los consumidores en el resto de las peticiones, relativas fundamentalmente al derecho de los consumidores franceses.

74. Por ello, el tribunal francés examinó y finalmente dictaminó la legitimación de UFC en sus pretensiones relativas a las cláusulas que afectaban a la protección de datos personales de los consumidores, así como respecto al hecho de que UFC estuviera invocando el agotamiento del derecho de VALVE frente a los videojuegos digitales de los consumidores.

75. UFC defendió su legitimación activa aludiendo al Código de Consumo francés, fundamentalmente en los artículos 621-1, 621-2, donde habilita a las asociaciones de consumidores autorizadas al ejercicio de acciones protectoras en favor de los consumidores, cumpliendo UFC los requisitos indicados, y pudiendo denunciar ante los tribunales franceses mediante el artículo 621-7.

76. Respecto a la legitimación de UFC en su invocación del derecho al agotamiento frente a la propiedad intelectual, acude a los artículos 621-1, 2, 7 y 8⁶⁸ del Código de Consumo francés, especialmente el apartado 8, que legitima a las asociaciones de consumidores para solicitar la eliminación de cláusulas ilícitas o abusivas, frente al juicio de VALVE, que argumentaba la imposibilidad de invocar el derecho al agotamiento de la propiedad intelectual de un producto por parte de un tercero.

77. La pretensión de VALVE ante la legitimación activa por parte de UFC respecto al anterior punto cayó en fundamentalmente debido a que la cláusula que inhabilitaba al consumidor a invocar el agotamiento de la propiedad intelectual (cláusula 1.C, examinada más adelante) sigue formando parte del contrato que suscribe con la empresa.

78. A juicio del autor, UFC técnicamente no estaba invocando derecho de agotamiento alguno frente a VALVE, sino que directamente solicitaba que se considerara como no escrita la cláusula que evitaba dicha invocación.

⁶⁶ STGI Paris, 17 de septiembre 2019, N° RG 16/01008, página 2, sección “Débats”

⁶⁷ STGI Paris, 17 de septiembre 2019, N° RG 16/01008

⁶⁸ “Lorsqu’il est saisi en application de l’article L. 621-7, le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d’une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d’exécution.

Les associations et les organismes mentionnés à l’article L. 621-7 peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, et de lui ordonner d’en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés.”

79. También es de interés, que UFC podría haber invocado el Reglamento Bruselas 1 Bis frente a VALVE SARL en Luxemburgo, acudiendo al foro general del artículo 4 (domicilio del demandado).

80. Sin embargo, VALVE CORP solo podría ser denunciada por UFC en el domicilio de VALVE CORP (el estado de Washington, Estados Unidos), ya que, al no poder invocar el foro de consumidor, UFC no podrá acogerse al artículo 17.2 del reglamento, sino al 6.1 del Reglamento Bruselas 1 bis, debiendo acudir a las normas de competencia internacional internas.

81. Como adendum, recordar que cabría aplicar el Reglamento Bruselas 1 Bis, si la acción judicial fuera de VALVE frente a un consumidor específico (que no UFC), realizando dicha demanda ante los juzgados franceses por el artículo 18.2.

82. Curiosamente, si en vez de UFC el demandante fuera un consumidor francés que cumpliera las condiciones establecidas por el artículo 17.1.c del Reglamento Bruselas 1 Bis, podría demandar a VALVE en su domicilio gracias al foro de protección de consumidores, además de poder utilizar el foro de sucursal si dicha oficina estuviera en un estado miembro.

3. Acuerdos de Suscripción de Steam: Cláusulas de jurisdicción y ley aplicable al contrato.

83. En lo referido a derechos de consumidor, VALVE diferencia en sus “Acuerdos de Suscripción” entre “clientes externos a la UE” y “clientes de la UE”: En el caso de los clientes externos a la UE, se establece como ley aplicable la “Ley del Estado de Washington”, incluyendo en ella las referencias a la “Convención sobre Contratos de Venta Internacional de Bienes”⁶⁹, asignando también la competencia exclusiva a los tribunales de dicho estado (“Tribunal Estatal o Federal del Condado de King”).

84. En el caso de los “clientes de la UE”, las versiones de 2015 y 2017 del “Acuerdo de Suscripción”, establecen diferencias entre los litigios realizados por consumidores frente a VALVE SARL (en la versión de 2015) y VALVE CORP (en su versión de 2017).

85. En la versión de 2015, el contrato queda sujeto a la ley de Luxemburgo (incluyendo las disposiciones relativas al derecho internacional privado, especialmente en el caso de compraventa internacional de mercaderías), estableciendo la salvedad de que la ley luxemburguesa tenga un nivel menor de protección que la ley de país de residencia del usuario, prevaleciendo en ese caso el país de residencia del consumidor o usuario.

86. En la versión 2017 la cuasi totalidad de la cláusula relativa a la competencia de tribunales y ley aplicable se expresa en una serie de hipervínculos que conducen al usuario hasta los mecanismos de procedimiento de resolución amistosa y extrajudicial previa a la vía judicial antes de la posible remisión a un „tribunal competente”.

87. Sin embargo, no se da detalle alguno si dicho procedimiento de solución amistosa y extrajudicial de la controversia relativa a los tribunales a los que deba acudir el usuario falle, limitándose la cláusula a lo siguiente establecer que la controversia puede „presentarse ante los tribunales competentes”.

88. Dichos métodos de “resolución amistosa extrajudicial” consisten en una red confusa de hipervínculos y links hacia páginas tales como la “Oficina de Solución de Controversias de la Comi-

⁶⁹ Se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, ratificada por España mediante el Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, «BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1991, páginas 3170 a 3179

sión Europea”⁷⁰ o el “Centro Europeo del Consumidor”⁷¹, a las que el consumidor tendrá que acudir si VALVE en su propia plataforma, no da respuesta mediante un formulario web “en el plazo de un año”, tiempo excesivo y oneroso para el ejercicio efectivo de los derechos del consumidor según la interpretación que ofrecen los tribunales utilizando la ley francesa⁷².

89. Recuerda dicho laberinto de sitios webs ajenos a VALVE, plazos onerosos y cláusulas leoninas a la intención de generar un sentimiento de agotamiento y frustración que, a pesar de no excluir la vía judicial tras utilizar dichos medios de un modo infructuoso, minan el interés de los consumidores a litigar frente a la empresa, tal y como describe P. Mankowski⁷³.

90. No obstante, el quid principal que se pretende estudiar es la cláusula de tribunales competentes en caso de litigio y la relativa a ley aplicable, centrándonos en primer lugar en la cuestión jurisdiccional.

91. En las condiciones ofrecidas al usuario de Steam de la Unión Europea, VALVE no designa unos tribunales competentes frente al consumidor, utilizando la anteriormente citada fórmula de “la disputa podrá llevarse ante los tribunales competentes”⁷⁴.

92. Si bien el tribunal parece no entrar a valorar si dicho texto constituye una cláusula de sumisión (ya que, tal y como veremos más adelante, opta por considerarla contraria al Código del Consumidor francés por otras razones), es de interés examinar si sería de una cláusula de sumisión válida o no, tal como establece el artículo 25 del Reglamento Bruselas 1 Bis, así como la posibilidad de que sea aplicable el artículo 19 del mismo reglamento.

93. En este caso particular, consideraría que es una cláusula de sumisión inválida por varios motivos. En primer lugar, adolecería de valor procesal, ya que no existe un acuerdo real atributivo de competencia⁷⁵ a un tribunal concreto de un estado miembro⁷⁶.

94. La literalidad de la cláusula tampoco alude a estado alguno a la hora de mencionar los “tribunales competentes”, siendo francamente difícil elucubrar que tribunales se considerarán “competentes”⁷⁷. No obstante, de ser realmente una cláusula de sumisión, deberá tenerse en cuenta el artículo 26.2 del Reglamento Bruselas 1, debiendo garantizar el órgano jurisdiccional al demandado acerca de sus derechos de impugnación antes de asumir la competencia⁷⁸.

⁷⁰ <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home>

⁷¹ <http://www.europe-consummateurs.eu/index.php?id=2514>

⁷² Véase L. 612-4 y R. 212-2 del Código de Consumo francés.

⁷³ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, Tirant lo Blanch 2020, páginas 3284 (citado).

⁷⁴ “*Si le règlement extrajudiciaire du litige échoue, le litige pourra être porté devant les juridictions compétentes.*”, Derecho Aplicable y Jurisdicción Competente, versión en vigor a 1 de enero y 31 de agosto de 2017.

⁷⁵ 25.1 Reglamento Bruselas 1 Bis

⁷⁶ STJUE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *ECLI:EU:C:1999:142*, fundamento 19.

⁷⁷ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, Tirant lo Blanch 2020, páginas 2535 y 2536: “*Se trata, en definitiva, de un acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se decida por un concreto tribunal de un Estado miembro.*” o “*Las partes pueden elegir como competentes los tribunales de un Estado miembro en general, pero si el Derecho Procesal de dicho Estado no indica qué concreto tribunal es competente, surge un problema de precisión del concreto órgano judicial territorialmente competente.*”

⁷⁸ Ello provocaría una extensión o una prórroga “artificial” de la jurisdicción de un tribunal que originalmente, carecía de competencia judicial frente al litigio. Cabe consultar, para una mayor profundización A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 238-241. y I. LORENTE MARTÍNEZ, “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pp.444-453

95. El tribunal razona que en los litigios intracomunitarios fruto del contrato entre VALVE y el usuario, se podrá utilizar el foro especial de consumo del Reglamento Bruselas I bis, aludiendo al artículo 17.1.c y 18.1, siendo una aplicación correcta de la norma debido a que se cumplen las condiciones para considerar al adquirente de videojuegos digitales como consumidor.

96. En el ámbito de litigios extracomunitarios, el tribunal considera que debe utilizarse el artículo 18 del Reglamento de Bruselas I Bis, que permite al consumidor domiciliado en un Estado miembro entablar un procedimiento ante el tribunal de su propio domicilio, incluso si el profesional demandado está domiciliado en un Estado no miembro.

97. Dicha conclusión se toma tras aplicar las normas de derecho común francés ante un proveedor de servicios situado fuera de la Unión Europea, aludiendo a los artículos 42⁷⁹ y 46⁸⁰ del “*Code de procédure civile*”⁸¹ y al artículo R 631-4⁸² del Código Francés de Consumo, que determinan la competencia judicial del juez francés por “ampliación de las normas de competencia a los litigios internacionales de la zona territorial interna”, aplicándose las normas de jurisdicción del derecho francés.

98. Respecto a las condiciones referidas a la ley aplicable en el contrato, VALVE indica que el contrato se rige por la ley luxemburguesa para sus usuarios de la Unión Europea en su acuerdo de usuario del año 2015, obteniendo el usuario la protección de la ley nacional de su residencia habitual si dicha normativa es más garantista.

99. El tribunal aplica el Reglamento Roma 1, en concreto el artículo 6.1 (que considera como aplicable la ley francesa al ser un contrato de consumo), aludiendo también a la posible libre elección de la norma aplicable mientras no menoscabe los derechos del consumidor del 6.2.

100. Sin perjuicio de la aplicación del Reglamento Roma 1, el tribunal también invoca al artículo 232.1 del Código Francés de Consumo, donde no se permite que la ley escogida, prive de las medidas de protección al consumidor cuando el empresario o profesional dirija su actividad hacia el territorio-domicilio del consumidor.

101. Este proceder es propio de VALVE, ya que utiliza medios demostrables para contactar y ofrecer sus productos y servicios vía online en varios países, por ejemplo, ofertando contenidos digitales en francés y en diferentes idiomas oficiales de la UE.

102. Debe aludirse a la teoría de la focalización, expuesta con anterioridad, donde el empresario realiza una serie de acciones concretas, medibles y que requieren de un esfuerzo en particular para dirigirse a determinado público, en cuanto se encuentra fuera del ámbito territorial de los potenciales consumidores.

103. No obstante, en el caso de la Ley aplicable en los términos y condiciones del año 2017, no hay mención alguna de la ley aplicable del contrato, considerándose una infracción al deber de obligación de información precontractual, tal y como se analizará a continuación.

⁷⁹ “La jurisdicción territorialmente competente es, salvo disposición en contrario, la del lugar donde vive el imputado. Si hay varios imputados, el demandante, a su elección, se apodera de la jurisdicción del lugar donde reside uno de ellos. Si el demandado no tiene domicilio o residencia conocidos, el demandante podrá dirigirse a la jurisdicción del lugar donde vive o la de su elección si vive en el extranjero.”

⁸⁰ “El demandante puede escoger a su elección, además de la jurisdicción del lugar donde vive el demandado: - en materia contractual, la jurisdicción del lugar de entrega real del artículo o del lugar de ejecución del servicio; [...]”

⁸¹ A efectos de una mejor comprensión, sería la norma homóloga comprendería la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

⁸² “El consumidor puede elegir, ya sea de una de las jurisdicciones territorialmente competentes según el código de procedimiento civil, o de la jurisdicción del lugar donde vivía en el momento de la celebración del contrato o de la ocurrencia del hecho lesivo.”

104. Para justificar su inacción respecto a la clarificación de tribunales competentes y leyes aplicables a sus contratos en sus términos y condiciones, Valve esgrimió que el artículo R111.2 del Código de consumo francés, explicando que no hay obligación expresa por parte del profesional de elegir la ley aplicable o de designar un órgano jurisdiccional en sus términos y condiciones generales, ya que el articulado usa el término “cuando proceda”.

105. El tribunal considera que la expresión “cuando proceda”⁸³ del artículo R111.2 del código de consumo, no da pie a “excepciones” respecto a la información que se debe otorgar al consumidor⁸⁴, sino que es una necesidad en las circunstancias habituales de un contrato de consumo, siendo habitual que el consumidor francés o miembro de la UE se pregunte por los tribunales a los que acudir en caso de litigio, más cuando el proveedor está domiciliado en la Unión Europea, siendo obligatorio que dicho proveedor ofrezca esa información.

106. Por tanto, la mera alusión a “los tribunales competentes” o la omisión a la ley aplicable al contrato, no otorga al consumidor francés la información acerca de la posibilidad de iniciar el litigio ante el Tribunal de su lugar de domicilio gracias a su foro especial de protección, considerando las cláusulas relativas a jurisdicción y ley aplicable abusivas y “no escritas”.

4. Videojuegos o Licencias de uso: ¿Se puede revender un videojuego digital?

107. Por último, al considerar la legitimación activa de UFC respecto a la cláusula relativa a propiedad intelectual de los términos y condiciones, se analizará como el tribunal delibera sobre la presunta vulneración del principio de agotamiento del derecho de distribución.

108. El conflicto relativo a la propiedad intelectual y el derecho de distribución surgido entre VALVE y UFC no solo cubre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual de la licencia de uso, sino también toda creación que surja de las licencias, ya sean modificaciones de contenido original, diseños, escenarios, efectos sonoros, etc.

109. Tal y como se expuso en la exposición del Caso, la deliberación sobre el principio de agotamiento del derecho de distribución entraría dentro del tercer bloque a analizar en futuras publicaciones. No obstante, considero analizarlo en el presente estudio, ya que fue la cuestión más polémica y noticiosa del proceso judicial.

110. A este respecto, autores como Aurelio López-Tarruela Martínez, ha realizado importantes estudios respecto a la competencia judicial, ley aplicable y primordialmente, respecto a la titularidad de los derechos de autor de los bienes inmateriales⁸⁵, preceptos que creo considerar más que acertados pese a no poder aplicarse el reglamento Bruselas I Bis tal y como se indicó anteriormente.

111. El tribunal, considera que la aplicabilidad de las Directivas 2001/29/CE y 2009/24/CE es procedente, debido al considerando 7 y el artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE que amplía la protección de derechos de autor tanto a programas de ordenador materializados como desmaterializados, apoyado

⁸³ En este caso, el artículo R111.2. 8° del Código Francés de Consumo es utilizado por el tribunal para especificar que el término “*le cas échéant*”, traducible como “*en su caso*” o “*eventualmente*”, no debe de interpretarse como una información “voluntaria” sino “necesaria”, ya que la negativa a dotar a esa información, no deja de ser una infracción a los derechos del consumidor.

⁸⁴ *Pour l'application des dispositions de l'article L. 111-2, outre les informations prévues à l'article R. 111-1, le professionnel communique au consommateur ou met à sa disposition les informations suivantes: [...] 8° Le cas échéant, les clauses contractuelles relatives à la législation applicable et la juridiction compétente.*

⁸⁵ A. LÓPEZ TORRELA-MARTINEZ, *Contratos internacionales de software en Derecho Internacional Privado Comunitario*, Universidad de Alicante, 2008.

por el considerando 20 y el artículo 1.b de la Directiva 2001/29/CE, que aplica sus disposiciones “sin perjuicio de Directivas comunitarias existentes en el momento de su publicación, en particular los relativos a la protección jurídica de los programas y computadoras”, siendo la Directiva 2009/24/CE una *lex specialis* en relación con la primera.

112. Dichas directivas establecen la protección de derechos de autor y los límites de ésta a las obras distribuidas, sin hacer discriminación alguna en términos de tangibilidad. Entre ellos, el agotamiento del derecho a controlar la reventa de la obra tras la primera transacción (principio comunitario de agotamiento del derecho de distribución), prohibiendo obstáculo o dificultad alguna mediante disposición contractual, considerándose una infracción al principio de libre circulación de mercancías de la Unión Europea⁸⁶.

113. De este modo el tribunal considera que la disponibilidad o la comercialización por el titular del derecho de una obra protegida por un derecho de la propiedad intelectual “debe dar lugar a la pérdida del control de la empresa que ejerce sobre la distribución de la obra”, considerando la descarga de un fichero o ejecutable en el terminal como una copia de la obra.

114. Ello no es solo defendido por la opinión del tribunal, sino que la propia legislación nacional francesa, establece en su artículo 122.3. 1º y 122.6, 3º del Código de Propiedad Intelectual Francés dicho agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta, normativa claramente influenciada por las directivas europeas anteriormente mencionadas que transponen dicho principio de agotamiento de los derechos de distribución.

115. La aplicación de las directivas y de su transposición en el Código de Propiedad Intelectual Francés, es defendido por el tribunal frente a la argumentación de VALVE, ya que en la cuenta de los suscriptores de Steam incluyen servicios frente a los que dichos textos legales serían inaplicables.

116. El término “suscripciones”, en función del análisis que se realiza en el “Acuerdo de Suscripción”, engloba el derecho de acceso a los contenidos y servicios, que primordialmente están conformados por software (en el caso actual, en su mayoría, videojuegos), siendo prohibida su cesión, venta o transferencia a terceros salvo caso permitido explícitamente por VALVE (que omite cualquier mención a dichos casos excepcionales) en su cláusula 1.C.

117. El tribunal, determina que la “puesta a disposición” del videojuego, no deja de ser un método de distribución, y que el acceso a los servicios “anexos” al videojuego, en la mayoría de las ocasiones no son de acceso libre sin existir la adquisición previa del propio videojuego.

118. Por ello, el tribunal considera que esa “suscripción” no deja de ser una puesta a disposición por tiempo “ilimitado” de un videojuego, no siendo per se una “suscripción” en el sentido estricto, sino “la venta de una copia de un videojuego, realizada por un precio determinado y pagado en una sola cuota”.

119. Finalmente, el tribunal defiende el paralelismo con el caso *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp*⁸⁷, ya que la única diferencia es el soporte de la obra, habiendo considerado ya la irrelevancia anteriormente. Por ello, VALVE no puede oponerse a la reventa de las copias del software que oferta, siendo la cláusula 1.C ilegal según el artículo 4. párrafo 2 de la Directiva 2001/29/CE⁸⁸, el

⁸⁶ Artículos 26 y 28 a 37 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), *DOUE* 26 de octubre 2012, C 326/47.

⁸⁷ STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp*, C128/1, *ECLI:EU:C:2012:407*

⁸⁸ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *DOUE*, L 304/64, 22 de noviembre de 2011.

artículo 1 de la Directiva 2009/24/CE⁸⁹ y los artículos L. 122-3-1 y L. 122-6 3º del Código de Propiedad Intelectual Francés.

VI. Conclusión y crítica del fallo

120. El caso actual presentado es un reflejo tanto de la evolución del mercado como de los negocios jurídicos, concretamente de los avances en la materia compraventa internacional de bienes y servicios por parte de consumidores.

121. El hecho de que una asociación de consumidores haya demandado a la mayor empresa distribuidora de videojuegos digitales, obteniendo un fallo favorable hacia la mayor parte de sus pretensiones es una pequeña victoria para los usuarios de este mercado.

122. No obstante, para el consumidor medio, el caso de UFC contra Valve ha sido polémico debido a que gran parte los sitios web de información y prensa de videojuegos, explicaban sorprendidos que lo adquirido por el usuario de Steam no era un videojuego virtual (un bien), sino una “licencia de uso” a perpetuidad, perpetuidad que podría verse puesta en riesgo si Valve quebrara.

123. Ello responde también a la progresiva “desmaterialización” del mercado de los videojuegos con el fin de ahorrar costes mediante la eliminación de formatos físicos, abaratando la logística y maximizar beneficios, ofertando contenido descargable de pago y fomentando las micro transacciones.

124. Este giro al mercado de videojuego se plasma en el concepto, cada vez más extendido, del “videojuego como servicio”, huyendo de la fórmula de pago único, y procurando prolongar al máximo la vida útil del producto, ya sea ofertando nuevo contenido descargable o actualizaciones. Y esto se traslada también al mundo jurídico, tal y como se puede comprobar en la sentencia comentada, en cuanto la propia Valve distorsiona la naturaleza de sus propios productos en interés de blindar su derecho frente al producto.

125. Respecto a la motivación que los tribunales franceses utilizan para considerar agotados los derechos de VALVE frente a sus videojuegos distribuidos, el autor considera que fue realizada correctamente respecto al derecho de distribución por parte de los consumidores, y que el paralelismo con la sentencia GmbH vs Oracle es acertada, ya que no es admisible para un consumidor europeo el hecho de no disponer completamente de un bien de consumo como es el software, al margen de la plataforma, soporte o negocio en el que lo ha adquirido, tal y como pretendía hacer valer VALVE al tratar de considerar inseparables los videojuegos digitales de los servicios accesorios que ofrece en su app.

126. Obsérvese como VALVE no solo utilizaba la ambigüedad en sus condiciones, sino en la información precontractual que ofrecía al consumidor, utilizando un procedimiento previo de resolución de conflictos algo desconcertante, no aludiendo a las cuestiones relativas al tribunal competente y las leyes aplicables.

127. Si bien habría solución jurídica ante la falta de información respecto a la no alusión de competencia judicial internacional y leyes aplicables, ello no significa que dicha omisión sea conforme a derecho frente a un contrato de consumo, tal y como sucede en el caso.

128. En conclusión, el presente caso muestra que pese al aspecto de unilateralidad de los contratos a los que estamos prácticamente sometidos hoy día, la vulneración al derecho del consumidor

⁸⁹ Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, *DOUE*, L 111/1, 5 de mayo de 2009.

no es admisible en los países protegidos por la normativa emanada de la Unión Europea, que afecta a campos tales como el consumo o la protección de datos, siendo una sentencia cuya trascendencia puede extenderse a casos con plataformas similares o con la propia VALVE si la modificación de sus términos no se adecúan a la norma.

129. Si bien, se puede oponer el hecho de que nadie obliga al consumidor a formar parte o hacer una cuenta en determinadas plataformas, redes sociales, o aplicaciones, si este no está de acuerdo con sus condiciones o términos de uso, esto no le legitima para la vulneración de derecho alguno.

THE EVOLUTION OF THE POSITION OF ITALIAN CASE
LAW CONCERNING PUBLIC POLICY IN TRANSNATIONAL
FAMILY MATTERS, IN VIEW OF SOME RECENT JUDGMENT
OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION AND
CONSTITUTIONAL COURT

L'EVOLUZIONE DELL'ORIENTAMENTO DELLA
GIURISPRUDENZA ITALIANA IN TEMA DI ORDINE PUBBLICO
NELL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELLA
FAMIGLIA, ALLA LUCE DI ALCUNE PRONUNCE RECENTI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA
CORTE COSTITUZIONALE

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI

Professor of International Law

University of Macerata

ORCID ID: 0000-0002-4188-8099

Recibido:09.08.2021/Aceptado:08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6733>

Abstract: The position held by the Italian case law concerning public policy in transnational family law matters has recently experienced some interesting developments, showing an enduring ambiguity between two different notions of public policy for the purposes of private international law, between a “truly international” conception of public policy, whereby it should be considered as purely limited to internationally shared legal principles, concerning especially the protection of fundamental rights, and a more traditional notion. According to the latter notion, public policy for the purposes of private international law shall be considered as embodying mostly national principles, identifying the fundamental attitude of the country at the relevant time, as reflected non only by its constitutional rules, but also by the rules embodied in domestic legislation, insofar as these translate into concrete rules the general principles embodied in the national constitution. Some recent judgments by the

*This article draws from a paper presented by the author at the VII Congreso internacional de derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid, *Orden público europeo en derecho de familia*, held online on 6-7 May 2021. The author’s participation as a speaker at the conference featured as part of the collaboration to its organization by the Interest Group *Diritto internazionale privato e processuale* of the Italian Society for International Law and European Union Law (*SIDI-DIPP*). Nonetheless, the opinions expressed therein are personal to the author, and do not involve the Interest Group, nor the Society.

Italian Court of Cassation and Constitutional Court concerning topical issues of family law, with particular regard to surrogate motherhood, full adoption by same-sex couples, and repudiation, are particularly telling of this state of affairs. As the author proposes, the dichotomy between the said two notions of public policy for the purposes of private international law is likely to be overcome by suggesting a more flexible reading of the traditional notion, likely to encompass within its scope also those internationally shared legal principles concerning fundamental rights, embodied in the different notion mentioned above, with particular regard to the protection of the best interest of the child, as well as of gender equality.

Keywords: Public policy; private international law; family law; best interest of the child; gender equality.

Riassunto: L'orientamento della giurisprudenza italiana in tema di ordine pubblico in materia di diritto internazionale privato della famiglia ha visto in tempi recenti interessanti sviluppi, che dimostrano la persistenza di un'oscillazione tra due distinte nozioni di ordine pubblico nell'accezione internazionalprivatistica. Da una parte, una nozione di ordine pubblico "veramente internazionale", per la quale questo avrebbe per contenuto unicamente principi internazionalmente condivisi, specialmente in materia di protezione dei diritti umani. Dall'altra parte, la nozione tradizionale di ordine pubblico internazionale, come composta principalmente da principi nazionali, che identificano il fondamentale modo di porsi dell'ordinamento dello Stato in quel determinato momento storico, i quali si trovano riflessi non soltanto nella costituzione, bensì anche nelle norme di legge ordinaria, nella misura in cui queste traducono in regole concrete i principi generali enunciati a livello costituzionale. Alcune pronunce recenti della Corte di cassazione e della Corte costituzionale concernenti questioni particolarmente sensibili di diritto di famiglia, dalla maternità surrogata, all'adozione piena da parte di coppie omosessuali, al ripudio, appaiono particolarmente rivelatrici di questa situazione. Come proposto dall'autore, la contrapposizione tra le due nozioni di ordine pubblico per i fini del diritto internazionale privato si presta ad essere superata adottando una lettura più flessibile della visione tradizionale, nel senso di ricomprendervi anche quei principi internazionalmente condivisi che formano parte della visione "veramente internazionale" dell'ordine pubblico, con particolare riferimento alla protezione del superiore interesse del minore, nonché all'eguaglianza di genere.

Parole chiave: ordine pubblico; diritto internazionale privato; diritto di famiglia; superiore interesse del minore; eguaglianza di genere.

Summary: I. The clarification of the notion of public policy for the purposes of private international law brought about by the judgment of the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation No. 12193/19 concerning the recognition of a bond of filiation established abroad by having recourse to surrogate motherhood. II. The compatibility of the interpretation of the relevant rules adopted by the Court of Cassation with the Italian Constitution and the need for legislative action, in order to provide a suitable legal framework concerning the relationship between children born out of surrogacy and parents of intention: the best interest of the child as a priority in the balance between competing interests. III. The substantial loosening of the threshold concerning compatibility with public policy in respect of the recognition of full adoptions established abroad by same-sex couples, in cases not implying a recourse to surrogate motherhood. IV. A somewhat easier alignment between Italian public policy for the purposes of private international law and "truly international" public policy, concerning the recognition of unilateral repudiations. V. Concluding remarks.

I. The clarification of the notion of public policy for the purposes of private international law brought about by the judgment of the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation No. 12193/19 concerning the recognition of a bond of filiation established abroad by having recourse to surrogate motherhood

1. Some recent judgments of the Italian Court of Cassation and of the Italian Constitutional

Courts have contributed to an ongoing debate concerning the scope of the notion of public policy for the purposes of private international law, that is, as a limit either to the application of foreign law, or, more frequently, to the recognition of foreign judgments or of a legal relationship resulting from a foreign document or official act. Those judgments have specifically touched upon the critical issue of the recognition of family relationships established abroad pursuant to a foreign law, based on principles difficult to reconcile with those inspiring the regulation of family relationships in the *forum*¹.

2. A landmark in the said field has surely been set by a judgment by the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation of 6 November 2018, filed on 8 May 2019, No. 12193, already commented upon in an earlier issue of these *Cuadernos*². In that judgment, the Italian Court of Cassation had to decide on the compatibility with the Italian public policy of a foreign court decision, adopted in Canada, having declared a child the son of his parent of intention, namely the same-sex spouse of his biological father. The latter had made recourse to a surrogacy arrangement, whereby the child was born in Canada by a surrogate mother, using the genetic material of the biological father and of an unknown female donor. Accordingly, the child did not possess any biological link with his father of intention, while he had established a family relationship with both fathers, as they were identified by the Canadian court decision in question³.

3. As it is well known, Italian law concerning recourse to medically assisted procreation (Law No. 40 of 19 February 2004) allows recourse to such techniques only by heterosexual couples, married or cohabitating, both alive and of an age suitable for procreation, as a remedy to situations of infertility⁴. Recourse to the said techniques in situations other than those contemplated is expressly prohibited under Article 12 of the said law, a ban that is assisted by criminal sanctions for the offenders. The question whether the said ban is likely to operate as part of Italian public policy, in such terms as to preclude the recognition of a foreign court decision or the registration in the Italian civil *status* records of a foreign birth certificate identifying a child born out of surrogate motherhood as the son of same-sex parents had already formed the subject of an earlier judgment by the *Prima sezione civile* of the same Court of Cassation of 21 June 2016, filed on 30 September 2016, No. 19599⁵. The circumstances of the case having formed the subject of the said earlier judgment were somewhat different, since in that case the issue

¹ See generally on the said issue, among others, R. BARATTA, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 348, 2010, p. 253 ff., p. 398 ff.; A. DAVI, “Le renvoi en droit international privé contemporain”, *Ibid.*, Vol. 352, 2012, p. 9 ff., p. 439 ff.; ID., “Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all’estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 319 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI, “La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ff.; F. SALERNO, “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 395, 2019, p. 21 ff.

² *Corte di cassazione (sezioni unite civili)*, 6 November 2018, filed 8 May 2019, No. 12193, *Procuratore generale presso la Corte d’appello di Trento, Ministero dell’Interno e Sindaco di Trento*. See F. MARONGIU BUONAIUTI, “Recognition in Italy of Filiation Established Abroad by Surrogate Motherhood, between Transnational Continuity of Personal Status and Public Policy”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, 2019, N° 2, p. 294 ff.; also O. FERACI, “La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra «costituzionalizzazione attenuata» e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore”, *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1137 ff.; F. ANGELINI, “L’ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull’ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo”, *Osservatorio AIC*, 2020, p. 185 ff.; M. C. BARUFFI, “Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 290 ff.

³ See, for a concise account of the facts of the case, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 2), p. 296 f.

⁴ Law of 19 February 2004, No. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, *Gazzetta Ufficiale*, 24 February 2004, No. 45, Art. 5. The constitutionality of the requirements posed by the said law was confirmed by Corte costituzionale, 9 April – 10 June 2014, No. 162, para. 6 of the grounds for judgment in point of law. See A. DI BLASE, “Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 839 ff., p. 855 f.

⁵ *Corte di cassazione (sezione I civile)*, 21 June 2016, filed on 30 September 2016, No. 19599, *Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Torino*.

concerned the registration in the Italian civil *status* records of a foreign birth certificate, identifying the child as the son of two mothers. In the peculiar circumstances of the said case, both mothers presented a biological link of some sort with the child, the one for having donated the female genetic material and the other for having given birth to the child. Conversely to the situation obtaining in the case having formed the subject of the later judgment of the *Sezioni unite civili*, the male genetic material had been provided by an unknown donor. Admittedly, the *Prima sezione civile* in its judgment of 2016 could argue that the case before it was not strictly speaking to be labelled as a case of surrogate motherhood, but, rather, as a case of *sui generis* heterologous insemination. Nonetheless, the distinction drawn by the Court of cassation in that case could not help avoiding the conclusion that the reproductive technique resorted to was incompatible with the restrictive rules contemplated under the said law No. 40/2004 and passible, if carried out in Italy, of criminal sanctions pursuant to Article 12 of that law⁶.

4. In the said judgment of 2016, the *Prima sezione civile* of the Court of cassation had relied on a restrictive reading of public policy for the purposes of private international law, considering it as consisting just of those principles enshrined in international treaties concerning the protection of fundamental rights, likely to form part of a sort of “truly international” public policy (*ordine pubblico veramente internazionale*), or, at most, of principles set out in the national constitution⁷. By referring to a “truly international” notion of public policy, scholarly literature in the field of private international law meant in fact a notion of public policy composed not of principles likely to be considered as distinctive of the peculiar standpoint of a given national legal order, as would be inherent in the traditional function of public policy as a tool meant to safeguard the internal harmony of the *forum*’s legal system⁸, but, rather, of internationally shared legal principles. Such a notion of public policy is capable, on the one side, of strengthening the compliance with those principles by the various national legal systems, but, on the other side, it is likely to limit the margin of autonomy left for every national legal system to preserve its own distinctive position on issues, such as those arising in the field of family law, which are likely to reflect different national traditions and conceptions of a social and ethical nature⁹. As noted, as a compromise between the said “truly international” conception of public policy and the more traditional one, the *Prima sezione civile* of the Court of Cassation in the said judgment of 2016 conceded that also national principles may be relied upon as forming part of the notion of public policy relevant for the purposes of private international law. Nonetheless, relying on a rather formalistic distinction, the Court admitted that only principles enshrined in the national constitution might concur with those resulting from international human rights treaties in shaping the content of the relevant notion of public policy, excluding that reliance may be placed for the same purposes on domestic rules other than those embo-

⁶ See, concerning the said earlier judgment, O. FERACI, “Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 169 ff., p. 171 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Il riconoscimento delle filiazioni derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell’ordine pubblico da parte della Corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)”, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci Editore, 2017, p. 1141 ff., p. 1145 ff.

⁷ See, for critical remarks in respect of the said reductive assumption, O. FERACI (fn 6), p. 171 ff.; F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1145 ff.; for more favourable views, see S. TONOLO, “L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ff., p. 1090 f.; F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss., p. 277 ff.; A. DI BLASE (fn 4), p. 853 ff.

⁸ See generally, concerning the function of public policy in private international law, G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, Giuffrè Editore, 1963, p. 4 ff.; L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, p. 176 f., 219 ff.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento tra sistemi (L’ordine pubblico internazionale)*, Padova, CEDAM, 1969, p. 53 ff., 77 ff.; more recently, G. CONTALDI, “Ordine pubblico”, in R. BARATTA (ed.), *Diritto internazionale privato, Dizionario del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Milano, Giuffrè Editore, 2010, p. 273 ff.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 48 ff.

⁹ See, with regard to the said notion, G. BARILE (fn 8), p. 19 ff.; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, p. 2 ff.; G. CONTALDI (fn 8), p. 275.

died in the national constitution¹⁰. The Court relied in support of this assumption on an argument based on the fact that while the rules embodied in the national constitution, not less than those set out in international treaties in force for the country concerned, are capable of operating as a limit to the discretion of the legislature, other domestic rules not possessing a constitutional nature are open to revision by the national legislator without need for special procedures to be followed. The said argument, nonetheless, cannot be considered as persuasive, since one of the distinctive features of the notion of public policy for the purposes of private international law lies in its evolutionary nature, as a consequence of which in order for a legal principle whatsoever to be considered as part of the national public policy it cannot be considered as necessary for it to possess a somewhat immutable nature. Secondly, the argument relied upon by the *Prima sezione civile* in that respect seems to neglect the fact that not all national legal systems possess a rigid form of constitution, whose amendment is subject to more severe rules than those applying for the purposes of legal reform generally. In respect of those legal systems not possessing a rigid constitution in the sense just pointed out, the said argument related to the supposed stronger resisting capacity attributable to constitutional rules, as compared to other domestic rules not of a constitutional nature, is inevitably misplaced¹¹.

5. It cannot, accordingly, be held as entirely surprising, nor as an unacceptable setback in the evolution of the Italian notion of public policy for the purposes of private international law, for the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation to have departed in their later judgment of 2019 from the assumption upheld by the *Prima sezione civile* of the same Court in the said judgment of 2016. In their judgment of 2019, in fact, the *Sezioni unite* have appropriately overcome the rather formal distinction, stressed by the *Prima sezione* in 2016, between domestic provisions of a constitutional nature and those not possessing a comparable nature, admitting that also domestic rules of a legislative nature may contribute to setting out the content of national public policy for the purposes of private international law, insofar as they may be considered as likely to implement, in respect of the particular sort of legal relationships concerned, the principles enshrined in the national constitution, in accordance with the legal, societal and ethical values prevailing at the relevant time. Accordingly, as the *Sezioni unite civili* held in their judgment of 2019, the rules contained in the said law No. 40 of 2004 prohibiting recourse to surrogate motherhood could well be considered as part of Italian public policy for the purposes of private international law, despite their not possessing a constitutional nature. This in consideration of the fact that those rules are intended to protect the fundamental values of human dignity, with particular regard to the surrogate mother's dignity, as well as of gender equality, prohibiting recourse to practices which entail a discrimination to the detriment of women. Alongside with the importance of the fundamental values whose respect is pursued at the same time by the rules contained in the said law of 2004 concerning medically assisted procreation, as well as by the Italian Constitution and the relevant human rights treaties, the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation have attributed relevance for the purposes of identifying those domestic rules which, albeit not possessing a constitutional nature, may be held as likely to contribute to setting out the scope of national public policy for the purposes of private international law, to the fact that their respect is enforced by providing for criminal sanctions for cases of non-compliance, as in the said case of Article 12 of law No. 40 of 2004. This fact might, in the Court of cassation's view, be considered as the expression of a particularly mandatory nature of the rules concerned, likely to reflect the presence of a general interest in their observance, so that it cannot be held as acceptable for such rules to be circumvented by applying rules of foreign law, or by recognizing or giving effect to a foreign judgment or other legal act inconsistent with them¹².

¹⁰ This prompted F. SALERNO (fn 7), p. 277 ff., to write of a "constitutionalization" (*costituzionalizzazione*) of public policy for the purposes of private international law.

¹¹ See already, for critical remarks concerning the notion of public policy adopted by the Italian Court of Cassation in the said judgment of 2016, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 6), p. 1145 ff.; see also O. FERACI (fn 6), p. 171 ff.

¹² See, with regard to the overcoming by the *Sezioni unite civili* of the Italian Court of Cassation in their judgment of 2019 of the more reductive reading of public policy for the purposes of private international law adopted by the *Prima sezione civile* in its ruling of 2016, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 2), p. 301 f.; see also O. FERACI (fn 2), p. 1141 ff.; F. ANGELINI (fn 2), p. 195 ff.; M. C. BARUFFI (fn 2), p. 298 ff. See below, III, as concerns the relevance conferred by the *Sezioni unite civili* in their later

II. The compatibility of the interpretation of the relevant rules adopted by the Court of Cassation with the Italian Constitution and the need for legislative action, in order to provide a suitable legal framework concerning the relationship between children born out of surrogacy and parents of intention: the best interest of the child as a priority in the balance between competing interests.

6. The assumption upheld by the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation, whereby the rules contained in the said law No. 40 of 2004 prohibiting recourse to surrogate motherhood would contribute to setting out the material content of Italian public policy for the purposes of private international law in such terms as to exclude the recognition in Italy of a foreign judgment identifying the same-sex spouse of the biological mother or father as a parent of the child born out of surrogacy abroad, has subsequently formed the subject of two parallel judgments of the Italian Constitutional Court, Nos 32 and 33 of 2021¹³.

7. In the said judgments, the Constitutional Court, without being in a position to review the findings of the Court of Cassation as concerns the incompatibility with Italian public policy of a judgment of that kind, had to decide on the question of the compatibility with the Italian Constitution of the ensuing situation, whereby the child would find him or herself precluded from obtaining the legal recognition in Italy of the family bonds established abroad with his or her parent of intention. The Italian Constitutional Court had to deal with this issue in respect of two different constellations, concerning respectively, in the case having formed the subject of its judgment No. 32 of 2021, the case of a child having been registered abroad as the son of two mothers, and, in the other case having formed the subject of its judgment No. 33 of the same year, the case of a child having been registered abroad as the son of two men, similarly to the situation obtaining in the case having formed the subject of the *Sezioni unite* judgment of 2019¹⁴. In both cases, despite some slight differences in the line of reasoning, the Constitutional Court considered the question of compatibility with the Italian Constitution of the said rules of the law of 2004, No. 40, as interpreted by the Court of cassation in 2019, as inadmissible. The Court ultimately held that the choice of the proper legislative solution aimed to provide an adequate protection to the child's right to continuity of the family relationship established abroad with his or her parent of intention fell within the purview of the legislator's discretion, and accordingly declined its competence to interfere with it¹⁵.

8. In both judgments the Constitutional Court nonetheless gave an important contribution to the development of its case law in respect of the issue laid before it, taking a significant step forward as compared to earlier judgments in which it had similarly refrained from intervening on a question deemed to belong to the province of the legislature. In fact, whereas in its earlier judgments the Court had considered the adoption of rules granting legal recognition to the family relationship established abroad between the child and his or her parent of intention as the subject of a political choice by the legislature, in respect of which the legislator could act unconstrained by bonds posed by the Italian Constitution¹⁶, in its two judgments of

judgment of 31 March 2021, concerning the recognition of a full adoption by a same-sex couple, to the provision for criminal sanctions for cases of violation of the restrictive Italian rules concerning recourse to medically assisted procreation as revealing an especially mandatory nature of those rules, as compared to other provisions, such as those concerning access to full adoption, not featuring a comparable sanctioning regime.

¹³ Respectively, *Corte costituzionale*, 28 January 2021, filed on 9 March 2021, No. 32, on a reference by *Tribunale di Padova*, Order of 9 December 2019, No. 79; *Corte costituzionale*, 28 January 2021, filed on 9 March 2021, No. 33, on a reference by *Corte di cassazione, sez. I civ.*, Order of 29 April 2020, No. 99. See, with regard to both judgments, E. ARDITO, "Omogenitorialità: pieni diritti ai figli. Un duplice ultimatum della Corte costituzionale", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 509 ff.; G. FERRANDO, "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Famiglia e diritto*, 2021, p. 704 ff.

¹⁴ See, on the question concerning that case as referred to the Italian Constitutional Court, E. ARDITO, "Lo status filiationis da maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 239 ff.; G. FERRANDO, "I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale", *Famiglia e diritto*, 2020, p. 685 ff.

¹⁵ See, respectively, *Corte costituzionale*, 9 March 2021, No. 32, para. 2.4.1.4 of the grounds for judgment in law; No. 33, para. 5.9 of the grounds for judgment in law. See also E. ARDITO (fn 13), p. 511 ff.; G. FERRANDO (fn 13), p. 711 f.

¹⁶ See, particularly, *Corte costituzionale*, 20 October 2020, filed on 4 November 2020, No. 230, on a reference by Tribunale

2021 the Court clarified that a positive duty arose from the relevant constitutional provisions for the legislature to act, adopting rules capable of providing an adequate protection to the child's right to continuity of the said family relationship¹⁷. In this respect, the Constitutional Court accepted that, as stated by the Court of Cassation in its *Sezioni unite* judgment of 2019, the form of protection of the said right to be afforded by the legislature might not necessarily consist of allowing the registration into the Italian civil *status* records of the foreign certificate of birth, or court decision, identifying the child as the son or daughter of the parent of intention, since it was a legitimate option for the legislator to exclude such a possibility. At the same time, the Court declared that the alternative solution envisaged by the Court of cassation in 2019, based on the existing law, could not be considered as satisfactory. The said alternative solution, consisting of the so-called adoption in special circumstances (*adozione in casi particolari*), contemplated under Article 44, para. 1, lit. *d*), of law No. 183 of 1984, embodying the Italian legislation on adoption, has been considered by the Italian Constitutional Court as unsatisfactory for the purposes of affording an adequate protection to the child's rights, since the sort of family relationship that could be established thereby with the parent of intention would not amount to an equivalent to a full adoption¹⁸. In fact, the so-called adoption in special circumstances, as contemplated under the said rule of Italian law on adoption, would not interrupt the child's bonds with his or her family of origin, that is, potentially, in a case of surrogate motherhood, with the surrogate mother, and would not establish family relationships between the child and the adoptive parent's relatives¹⁹. Allegedly, the alternative avenue to be considered by the legislature, even absent an express suggestion by the Court in this sense, would most likely consist in opening to parents of intention the avenue of full adoption, as the only alternative solution to admitting the establishment, or, rather, the recognition of a bond of filiation between the child and his or her parent of intention²⁰.

9. The two judgments Nos 32 and 33 of 2021 of the Italian Constitutional Court are noteworthy, not only in consideration of the stricter guidance provided to the legislature as concerns the result to be achieved in the exercise of its discretion in regulating the issue under consideration. The line of reasoning followed in the two judgments is also worth of consideration, as it bears some relevance also for the purposes of contributing to a closer identification of the relevant set of legal principles to be taken into consideration in assessing the appropriateness of the legislative solutions to be adopted. In fact, the Constitutional Court in both judgments has placed sensible reliance on the need to protect the best interest of the child, as opposed to its earlier judgments, where the Court's reasoning had appeared more focused on an assessment of the appropriateness of protecting the intended parents' aspiration to the achievement of their desire of parenthood, facing the legislature's discretion in finding the most suitable means by which such a desire might be realized, consistently with the relevant rules set out in the Italian Constitution²¹. The Italian Constitutional Court in its reasoning in both judgments of 2021 placed special emphasis on the need to protect the best interest of the child, an objective set out in the relevant international legal instruments to which Italy is a party, such as the 1989 UN Convention on the Rights of the Child, or read into them, as in the case of the European Convention on Human Rights, as well as, with regard to the domain in which EU law applies, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and, at the same time, inherent in the Italian Constitution. The reasoning followed by the Italian

di Venezia, Order of 3 April 2019, No. 108. See also M. DOGLIOTTI, "Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?", *Famiglia e diritto*, 2021, p. 688 ff., p. 696 ff.

¹⁷ See, respectively, *Corte costituzionale*, 9 March 2021, No. 32, para. 2.4.1.3 of the grounds for judgment in law; No. 33, paras 5.4-5.8 of the grounds for judgment in law. See also G. FERRANDO (fn 13), p. 708 ff.; M. DOGLIOTTI (fn 16), p. 698 ff.

¹⁸ See, respectively, *Corte costituzionale*, 9 March 2021, No. 32, para. 2.4.1.3 of the grounds for judgment in law; No. 33, para. 5.8 of the grounds for judgment in law. See also E. ARDITO (fn 13), p. 513 ff.; G. FERRANDO (fn 13), p. 710 f.

¹⁹ We may refer in this respect to F. MARONGIU BUONAIUTI, "Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso: la Corte costituzionale "risponde" al Tribunale per i minorenni di Bologna", *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 453 ff., p. 458 f., 467 f.

²⁰ See, particularly, *Corte costituzionale*, 9 March 2021, No. 32, para. 2.4.1.4; No. 33, para. 5.7 of the grounds for judgment in law, where the Court ventured into anticipating the prospective solutions likely to be considered by the Italian legislature.

²¹ See, respectively, *Corte costituzionale*, 9 March 2021, No. 32, paras 2.4.1.1 – 2.4.1.2 of the grounds for judgment in law; No. 33, paras 5.3 – 5.4 of the grounds for judgment in law. See also E. ARDITO (fn 13), p. 513 ff.; M. DOGLIOTTI (fn 16), p. 698 f., 700 ff.; G. FERRANDO (fn 13), p. 708 ff.

Constitutional Court is inevitably likely to have an impact on the further development of Italian case law concerning public policy in family law matters for the purposes of private international law. In fact, the further steps likely to be taken in that respect both by the Italian Court of Cassation and by lower courts shall inevitably reflect the stance taken by the Constitutional Court in these two judgments of 2021, where the need to protect the best interest of the child has been placed at the forefront of the principles and values to be relied upon in deciding on the compatibility with Italian public policy of foreign judgments and other foreign public acts in comparable cases²².

III. The substantial loosening of the threshold concerning compatibility with public policy in respect of the recognition of full adoptions established abroad by same-sex couples, in cases not implying a recourse to surrogate motherhood.

10. The impact of the two recent judgments by the Italian Constitutional Court considered above on the further development of the Italian case law concerning public policy in the domain of family law has very soon appeared in a recent judgment by the *Sezioni unite civili* of the Court of Cassation of 12 January 2021, filed on 31 March 2021, No. 9006. In that judgment, the *Sezioni unite*, while formally declaring their intention to maintain their reading of the notion of public policy for the purposes of private international law upheld in their earlier judgment of 2019 – as composed at the same time by internationally shared legal principles and by those principles more strictly inherent in the legal system of the *forum*, thereby including not only those principles expressly stated in the Italian Constitution, but also those finding their expression in ordinary legislation – actually seem to have moved a step forward in the direction pointed out by the Italian Constitutional Court²³.

11. In fact, in this more recent judgment the Court of Cassation seems to have placed at the forefront of the values to be considered in deciding on the compatibility with Italian public policy of a foreign court order establishing a full adoption of a child by a same-sex couple the protection of the best interest of the child himself, as promoted by the international instruments referred to already by the Italian Constitutional Court. The Court, accordingly, upheld the position that the compliance with those principles should, as a matter of principle, take priority on the need of ensuring consistency with the fundamental choices of an ethical, even more than strictly legal, nature inspiring certain legislative solutions, such as those embodied in the Italian legislation on adoption, limiting access to full adoption just to married couples. In following this line of reasoning, the Court of Cassation paid extensive regard to the evolution of the case law of the Italian Constitutional Court, which actually never so far denied the compatibility with the Italian Constitution of the legislative choice to reserve full adoption for married couples, thereby intending heterosexual couples²⁴.

12. The Court of Cassation could obviously not neglect the fact that the Italian legislation concerning registered partnerships (*unioni civili*) finally adopted in 2016 contemplates the access of same-sex couples just to that form of legal relationship, and not to marriage, providing at the same time

²² See, for critical remarks concerning the solution ultimately adopted by the Italian Constitutional Court, considering the difficulty for the legislature to act on such a sensible and debated topic, M. DOGLIOTTI (fn 16), p. 703; see also, pointing to the role courts, including the Constitutional Court itself, may have pending an action by the legislature, E. ARDITO (fn 13), p. 515 ff.; G. FERRANDO (fn 13), p. 711 ff.

²³ See, with regard to the said recent judgment of the *Sezioni unite civili* of the Italian Court of Cassation, L. GIACOMELLI, “L’adozione piena da parte della coppia dello stesso sesso avvenuta all’estero è compatibile con l’ordine pubblico internazionale: gli equilibri della Cassazione tra inerzia del legislatore, moniti costituzionali ed esigenze di tutela omogenea dei figli”, *Questione Giustizia*, 22 April 2021, p. 1 ff.; S. TONOLO, “Adoption v. Surrogacy: New Perspectives on the Parental Projects of Same-Sex Couples”, *Italian Review of International and Comparative Law*, No. 1/2021, p. 132 ff.

²⁴ See particularly Corte costituzionale, 24 February 2016, filed on 7 April 2016, No. 76, where the Court actually seemed to have avoided addressing squarely the question, limiting itself to declare the question inadmissible, as a consequence of an error by the referring court in characterizing the case before it as a case of international adoption for the purposes of Article 36, para. 4, of the Italian legislation on adoption (Law No. 184/1983). See F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 19), p. 454 ff.

for a so-called downgrading recognition as registered partnerships of marriages contracted abroad by same-sex spouses of whom one at least is an Italian national²⁵. As it is well known, the same legislation, while providing for parties to registered partnerships a legal regime which is broadly analogous to that of spouses, expressly refrained from extending to the parties of such a relationship the rights in terms of access to filiation and to adoption, which the pre-existing Italian legislation grants to spouses. The new legislation concerning registered partnerships actually clarified that, as concerns adoption, it did not intend to alter the framework set out under the pre-existing legislation²⁶, thereby meaning that access to full adoption should remain precluded to the parties to a registered partnership, leaving nonetheless open the option, paved by a consistent line of case law, for the same-sex partner of a parent of the child to adopt him or her by having recourse to the already mentioned mechanism of the adoption in special circumstances, pursuant to Article 44, para. 1, lit. *d*), of the Italian law of 1984 on adoption²⁷, as contemplated also, in respect of children born out of surrogate motherhood, by the Court of cassation in its *Sezioni unite* judgment of 2019²⁸.

13. Ultimately, the *Sezioni unite* of the Court of cassation in their latest judgment of 2021 appeared somewhat like walking on a tightrope, between their declared intention to confirm their earlier judgment of 2019 affirming the incompatibility with Italian public policy of a foreign judgment establishing a bond of filiation out of surrogate motherhood, while at the same time maintaining the fundamental assumption inspiring that judgment, –whereby for the purposes of establishing the material content of public policy regard shall be paid also to the rules embodied in domestic legislation not of a constitutional nature–, and their attempt to promote an overcoming of the constraints posed by such legislation, which may be likely to appear not attuned to the current regulatory needs posed by the evolution of the society²⁹. The compromise solution ultimately found by the Court to the dilemma before it appears based on a decision to confer primacy to the protection of the best interest of the child as a goal set by the relevant international legal instruments, along the way paved by the Italian Constitutional Court in its two parallel judgments of 2021 examined above, thereby allowing a more limited room for domestic legislation to preclude the transnational continuity of the family relationship the child had acquired abroad. In order to achieve the said goal, the *Sezioni unite* have placed special, when not excessive, emphasis on the distinctive features of the case before them as compared to that having formed the subject of their earlier judgment of 2019³⁰. Accordingly, the Court reached the conclusion, inevitably controversial, that whereas the ban on surrogate motherhood posed by the Italian legislation on medically assisted procreation presents a public policy nature, as suggested by the provision of criminal sanctions for cases of violation, the limitation of full adoption to married couples, which is not accompanied by a comparable sanctioning regime, does not present such a nature, or, at least, not in those terms in which public policy is meant for the purposes of private international law, that is, in cases such as that before the court, as a limit to the recognition of a foreign judgment or other public act establishing or certifying the existence

²⁵ See the new Article 32-*bis* of Law No. 218/1995, bearing the reform of the Italian system of private international law, as introduced pursuant to Legislative Decree No. 7/2017, providing for private international law rules concerning registered partnerships, based on Article 1, para. 28, lit. b), Law No. 76/2016. See, among others, G. BIAGIONI, “Unioni *same-sex* e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d. lgs. n. 7/2017”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 496 ff., p. 498 f.; C. CAMPIGLIO, “La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, p. 33 ff., p. 41 ff.; O. LOPES PEGNA, “Effetti dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 527 ff., p. 533 ff.

²⁶ Article 1, para. 20, Law No. 76/2016, introducing the institution of registered partnerships in the Italian legal system, reads as follows in the relevant part: «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

²⁷ See, with regard to the extensive case law of Italian lower courts admitting a recourse to the said mechanism, F. MARONGIU BUONAIUTI (fn 19), p. 458 ff., 462 ff.

²⁸ *Corte di cassazione, Sezioni unite civili*, 6 November 2018, filed 8 May 2019, No. 12193 (fn 2), para. 13.2 of the grounds for judgment.

²⁹ See particularly para. 16.1 of the grounds for judgment; for critical remarks concerning the limited consistency of the reasoning of the *Sezioni unite civili* of the Court of cassation in this case, L. GIACOMELLI (fn 23), p. 2 ff.; S. TONOLO (fn 23), p. 144 f.

³⁰ See particularly paras 10.6, 15.3 of the grounds for judgment.

of a legal relationship established abroad pursuant to foreign law³¹. Finally, the *Sezioni unite* of the Court of Cassation have taken a step forward towards the opening of the Italian legal system to new forms of family relationships, which so far the Italian Constitutional Court had considered it to fall within the responsibility of the legislature to take. The significant step taken by the *Sezioni unite* cannot escape a self-evident critical remark: by allowing to acquire abroad and have then recognized a legal situation that, as Italian law now stands, cannot be established in the *forum*, their judgment contains an unwelcome invitation to system shopping and to a form of adoptive tourism, when not of a procreative one³².

IV. A somewhat easier alignment between Italian public policy for the purposes of private international law and “truly international” public policy, concerning the recognition of unilateral repudiations

14. A different field where the said confrontation between the two different notions of public policy for the purposes of private international law pointed out above has engaged the Italian Court of Cassation recently is that of the recognition of unilateral repudiations confirmed by court decisions adopted in countries whose legal system is inspired to Islamic law³³. Actually, in this field, as a difference from those considered above, a reconciliation between the so-called “truly international” notion of public policy and the more traditional notion of public policy for the purposes of private international law, as mostly embodying national principles, is probably easier to pursue, at least as far as European countries like Italy are concerned. In fact, while repudiation might contribute in general terms to the same goal of protecting the right to dissolve the bond of marriage, which is generally pursued by other institutions more frequently present in non-Islamic countries, such as divorce or marriage annulment, the modes in which it pursues the goal concerned raises inevitable problems of compatibility at the same time with internationally shared principles on the protection of fundamental rights and with national principles, normally of a constitutional nature, prohibiting discrimination against women and guaranteeing fair trial, even without calling into question the specific terms in which marriage dissolution is regulated in the domestic legislation of the country concerned³⁴.

15. Notwithstanding the fact that in such a case it would have allegedly been difficult to reach different results in terms of reconcilability of unilateral repudiations with public policy depending on the relevant notion concretely referred to, the Court of cassation in two recent decisions of its *Prima sezione civile* has demonstrated an enduring oscillation between the said two different notions of public policy for the purposes of private international law. In fact, in its earlier judgment of 7 August 2020, No. 16804, the Italian Court of Cassation has clearly referred to the traditional notion of public policy for the purposes of private international law, as upheld in its *Sezioni unite* judgment of 2019 recalled above, whereby the said notion shall encompass not only those principles enshrined in the national Constitution and in human rights treaties, but also the rules contained in national legislation, insofar as they implement those principles in the concrete regulation of the matter at hand³⁵. In this respect, the Court of Cassation noted that a unilateral repudiation confirmed by a judge in the form contemplated by the law in force in

³¹ See particularly para. 17 of the grounds for judgment, referring to an earlier judgment of 2018, No. 14007, where the Court of Cassation, sitting as simple chamber, had affirmed the compatibility with Italian public policy of a French judgment establishing a cross-adoption by two women married in France and residing in Italy, with regard to their respective biological sons.

³² See S. TONOLO (fn 23), p. 144 f., noting that the avenue opened by this judgment may imply a concealed encouragement to have recourse to surrogate motherhood in countries allowing the adoption of children born out of that practice.

³³ See, respectively, Corte di cassazione, sezione I civile, 16 July 2020, filed on 7 August 2020, No. 16804; Corte di cassazione, sezione I civile, Order of 22 June 2020, filed on 14 August 2020, No. 17170.

³⁴ See, with regard to the issue as addressed in the two decisions under consideration, F. D'AMARIO, “L'ordine pubblico internazionale nella recente giurisprudenza di legittimità in materia di riconoscimento di decisioni di ripudio”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 499 ff.; F. PESCE, “La Corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, 2021, No. 1, p. 552 ff.; C. E. TUO, “Divorzio-ripudio islamico, riconoscimento automatico e ordine pubblico”, *Il Corriere giuridico*, 2021, p. 488 ff.

³⁵ See, particularly, para. 2.3 of the grounds for judgment in that case.

the Palestinian territories could not be considered as compatible with Italian public policy. This both on account of its irreconcilability with the basic principle of equality between spouses, not less than with the principle of fair trial presupposing the adversarial nature of court proceedings, as set out at the same time by international human rights treaties in force for Italy and by the Italian Constitution, and on account of the absence of any control by the judge having confirmed the unilateral repudiation as concerns the irrecoverable cessation of the communion of life between the spouses. The latter, rather, figures as a fundamental prerequisite for the dissolution of the bond of marriage under Italian law, lying at the basis of the Italian legislation on divorce, without figuring at the same time in the Italian Constitution, nor in relevant international treaties to which Italy is a party³⁶.

16. In a later order by the same *Prima sezione civile* of 14 August 2020, No. 17170, concerning the recognition in Italy of an Iranian court decision confirming a unilateral repudiation, in terms broadly comparable to those obtaining in the earlier judgment considered above, despite some differences in the regulation of repudiation under Iranian law as compared to the law applicable in the Palestinian territories, the Court of Cassation, while apparently following the same line of reasoning based on the traditional notion of public policy for the purposes of private international law, materially seemed to confer greater relevance to the elements of incompatibility of the decision concerned with principles enshrined in international human rights treaties, as well as in the Italian Constitution, concerning essentially fair trial and, particularly, the *audiatur et altera pars* principle³⁷. The Court in the latter order, albeit more concisely motivated as compared to the earlier judgment considered above, seemed in fact to confer less relevance to the elements of irreconcilability with the provisions of Italian law regulating marriage dissolution, recalling in this respect the earlier judgment by the same *Prima sezione civile* of 2016, No. 19599, where the Court of cassation, as we have noted above with regard to surrogate motherhood, gave a narrower reading of the notion of public policy for the purposes of private international law, tending to exclude for these purposes the relevance of the concrete terms in which the fundamental principles enshrined in human rights treaties or in the national Constitution are implemented in domestic legislation³⁸. Nonetheless, the difference which may be detected in the line of reasoning followed by the Court of cassation in the latter order as compared to its earlier judgment of 7 August 2020 might be accounted for considering that in the case at hand, not differently from the substantially analogous one having formed the subject of the said earlier judgment concerning the same matter, the presence of clear elements of irreconcilability of the foreign court decision concerned with fundamental principles, enshrined both in international human rights treaties of which Italy is a party and in the Italian Constitution, made it for the Court substantially superfluous to embark on a further enquiry as to its compatibility with the further principles inspiring Italian legislation concerning marriage dissolution³⁹.

V. Concluding remarks

17. The recent developments of Italian case law discussed above concerning the notion of public policy to be relied upon for the purposes of private international law in family law matters seem to confirm the persistence of a confrontation between the two different notions of public policy pointed

³⁶ See in this respect para. 2.8 of the grounds for judgment in the case. For a strong criticism of the reasoning followed by the Court of cassation, particularly insofar as it gave the impression of placing particular emphasis on the distinctive features of unilateral repudiation as contemplated under Palestinian law, rather than on the effects which the decision to be recognized would have produced in the Italian legal system, as would have been more consistent with the logic inspiring the role of public policy as a ground for the denial of recognition of foreign judgments, F. PESCE (fn 34), p. 556 ff.

³⁷ See, particularly, para. 5 of the grounds for judgment in this second case.

³⁸ See para. 8 of the grounds for judgment, where the said judgment of the same *Prima sezione civile* of the Court of cassation of 2016, No. 19599, is expressly referred to.

³⁹ Cf., contending that, based on an assessment of the specific circumstances of the individual case, the conclusion whereby the recognition of the foreign decision confirming a unilateral repudiation would be incompatible with Italian public policy might not be unescapable, appearing it likely that in certain circumstances the recognition of such a decision might correspond also to the interests of the wife, who might not be interested in preserving the bond of marriage, F. PESCE (fn 34), p. 562 ff.

out above. On the one side, the “truly international” notion of public policy, as composed by internationally shared principles, essentially concerning the protection of fundamental rights, a notion which is also styled as “promotional” public policy, in consideration of its being aimed to promote the largest possible observance of those rights by overcoming the limitations to their enjoyment likely to be posed by restrictive domestic rules. On the other side, the traditional notion of public policy, referred to the fundamental principles of every national legal system, and thereby frequently styled as “defensive” public policy⁴⁰. In its recent judgments considered above, the Italian Court of Cassation has ultimately not abandoned the traditional notion of public policy, which inevitably reflects the *datum* of the persistent autonomy and difference between national legal systems and their inspiring conceptions, particularly in a sensible area like that of family law. At the same time, the Court has tended to underline the relevance of internationally shared principles, as inevitably likely to permeate the notion of public policy inherent in every national legal system⁴¹.

18. This is particularly evident with regard to the latest judgment by the *Sezioni unite civili* of the Italian Court of Cassation of 31 March 2021 concerning the recognition of a full adoption by a same-sex couple established abroad. As we have noted, in fact, the Court of cassation in this judgment relied on the need to protect the best interest of the child, as stated namely in the UN Convention on the rights of the child and, at European level, in the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁴². This in order to set aside the relevance, as part of Italian public policy, of the rule embodied in the Italian legislation on adoption reserving full adoption for married couples, thereby meaning heterosexual couples, as impliedly confirmed by the more recently adopted legislation on registered partnerships. In that judgment, the *Sezioni unite civili* of the Italian Court of Cassation have in fact taken a significant step, admitting that the need to ensure respect for internationally shared principles, likely to be considered as part of a “truly international” public policy, might justify, in cases where the recognition of a family relationship legitimately established abroad is at stake, a departure from the principles inspiring Italian legislation in respect of the matter at hand⁴³.

19. In this respect, it might be questioned why, ultimately, such a step could be taken as concerns the recognition of a full adoption by a same-sex couple and not as concerns the recognition of a bond of filiation established abroad out of an operation of surrogate motherhood in the absence of genetic bonds between the child and the intended parent⁴⁴. As we have noted, the *Sezioni unite* as concerns this issue have looked like walking on a tightrope between evolution and confirmation⁴⁵, recalling the grounds relied upon in their earlier judgment of 2019 in respect of this issue in order to maintain the assumption that surrogate motherhood conveys an attempt to fundamental values, essentially with regard to human dignity as concerns the risk of exploitation suffered by surrogate mothers, and to the right to personal identity of the child born out of such a technique, which are protected also by the relevant international human rights treaties, including the ECHR⁴⁶. In fact, as the Italian Court of Cassation had noted already

⁴⁰ See, with regard to the said distinction between a “promotional” and a “defensive” function of public policy, depending on the conception relied upon, F. ANGELINI (fn 2), p. 189 ff.

⁴¹ See, with particular regard to the approach adopted by the *Sezioni Unite* of the Italian Court of Cassation in its judgment No. 12193/2019 concerning the recognition of a bond of filiation established by having recourse to surrogate motherhood abroad, O. FERACI (fn 2), p. 1141 ff.

⁴² It shall be noted, incidentally, that the reference made by the Court of cassation to the EU Charter of Fundamental Rights is inappropriate in respect of the case before it, which concerned the recognition of a third country judgment, an issue not governed by EU law, in respect of which, accordingly, the rules of the Charter did not apply.

⁴³ See particularly paras 17-17.1 of the judgment by the *Sezioni Unite* of the Italian Court of Cassation No. 9006/2021 (above, III).

⁴⁴ See S. TONOLO (fn 23), p. 8 f., noting the rather unpersuasive insistence by the Court of Cassation on the distinction between the two cases.

⁴⁵ L. GIACOMELLI (fn 23) in the title of his comment to the said judgment uses the expression «gli equilibrismi della Cassazione» to describe the oscillation that can be detected in the reasoning of the Court of Cassation.

⁴⁶ See particularly para. 17.1 of judgment No. 9006/2021.

in its *Sezioni unite* judgment of 2019⁴⁷, the European Court of Human Rights has constantly upheld the legitimacy of a refusal to allow the recognition of a bond of filiation arising out of an operation of surrogate motherhood in the absence of any biological link between the child and the intended parent. As mentioned, this is subject to the condition that an alternative form of recognition of the family relationship arisen between the child and the intended parent is provided, in such terms as to allow a timely and effective protection of the child's right to continuity of the family relationship at stake⁴⁸. As we have noted, the *Sezioni unite* in their judgment of 2021 have pointed, rather controversially, to the fact that the rules contained in the Italian legislation on medically assisted procreation posing a ban on operations of surrogate motherhood contemplate criminal sanctions for cases of breach, something which does not occur in respect of cases where the prerequisites for a full adoption are eluded⁴⁹. This rather simplistic argument, nonetheless, is not entirely persuasive, not appearing it as a prerequisite in order for a rule to possess a public policy nature for the purposes of private international law the fact of its being accompanied by a criminal sanction for cases of breach⁵⁰.

20. Moving then to the last cited judgments by the *Prima sezione civile* of the Italian Court of Cassation concerning the recognition of foreign unilateral repudiations, these, as mentioned, raised less concerns in terms of balancing between internationally shared legal principles concerning the protection of fundamental rights – embodying a form of so-called “truly international” public policy – and principles which are distinctive of the fundamental attitude of the legal system of the *forum* at the relevant time – as would come for consideration under the traditional notion of public policy for the purposes of private international law. In fact, both sets of principles coincide in banning violations of the principle of gender equality, as well as of the fundamental principle of fair trial guaranteeing the adversarial nature of court proceedings⁵¹. Still, the Italian Court of Cassation, rather disappointingly, –considering in particular that the two decisions were delivered by the same chamber, the *Prima sezione civile*, of the Court, albeit in a different composition, within a few weeks from one another–, showed an oscillation concerning the further relevance of differences between the distinctive features of a unilateral repudiation, or, rather, a court decision confirming it, and the prerequisites for marriage dissolution lying at the core of Italian law on divorce. As it has been noted already in earlier comments to those two judgments by the Italian Court of Cassation, probably the examination carried out by the Court in both cases, and particularly in its judgment of 7 August 2020, No. 16804, ought to have focused more on the specific circumstances of the individual cases, rather than on an abstract consideration of the form of repudiation applied in each of those cases, in order to more concretely appreciate the effects of its recognition on the rights of the wife in the individual case, or on those of any children, capable of being balanced against the gender equality and fair trial considerations making the recognition of those decisions inescapably contrary to Italian public policy⁵².

⁴⁷ See particularly para. 13.3 of judgment No. 12193/2019.

⁴⁸ See especially European Court of Human Rights, Advisory Opinion of 10 April 2019, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request No. P16-2018-001, and, later, *D. v. France*, Judgment of 16 July 2020, Application No. 11288/18, paras 50 ff.

⁴⁹ See particularly para. 20.2 of judgment No. 9006/2021.

⁵⁰ See, criticizing the excessive reliance placed by the Court on this aspect in order to substantiate its decision to reach a different conclusion in terms of compatibility with public policy, L. GIACOMELLI (fn 23), p. 2 ff.; S. TONOLO (fn 23), p. 8 f.

⁵¹ See above, IV.

⁵² See F. PESCE (fn 34), p. 556 ff.; C. E. TUO (fn. 34), p. 498.

Primer proyecto de la EAPIL Young Researcher

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD IN THE EU.
– A CHALLENGE FOR NATIONAL LAWS
FROM EVOLVING TRADITIONAL METHODS TO NEW FORMS
OF ACCEPTANCE AND BYPASSING ALTERNATIVES

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA
AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O
MODIFICADA EN EL EXTRANJERO EUROPEA – UN RETO
PARA LA LEGISLACIÓN NACIONAL

SUSANNE GÖSSL

*Professor of Civil Law and Digitalisation in German, Foreign and Private International Law
at Kiel University (Germany)*

ORCID ID: 0000-0002-2585-4614

MARTINA MELCHER

*Assistant Professor at the Institute of Civil Law Foreign Private Law and Private
International Law at Graz University (Austria)*

ORCID ID: 0000-0001-7686-9990

in cooperation with*

FLORIAN HEINDLER (Austria), NATALJA ŽITKEVIČ/ KATAŽYNA BOGDZEVIČ (Baltic States), SARAH
DEN HAESE (Belgium), EVA KASEVA (Bulgaria), TENA HOSKO (Croatia), NICOLE STYBNAROVA
(Czech Republic), MARION HO-DAC (France), TAMÁS SZABADOS (Hungary), MARTINA
VIVIRITO PELLEGRINO/MARTA GIACOMINI (Italy), TESS BENS/MIRELLA PEEREBOOM-VAN DRUNICK
(Netherlands), NATALJA ŽITKEVIČ (Poland), ISABEL LORENTE MARTINEZ/ MARÍA ASUNCIÓN
CEBRIÁN SALVAT (Spain), LAIMA VAIGE (Sweden)

Recibido:15.12.2021/Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6737>

Abstract: In view of the ECJ and ECtHR case law on the recognition of names, same-sex marriages and parent-child relationships established abroad, this paper explores how various Member States conform with the resulting obligations. We compared 16 EU jurisdictions and their implementation of the aforementioned case law. Overall, a general tendency in favor of the recognition of a status acquired abroad can be observed; be it by the re-shaping of procedural recognition and private international law rules, or the application of new techniques, or an increasing restraint to reject recognition due to public policy reasons. Irrespective of the technique, however, a methodological struggle to comply with the

* Most national reports, which form the basis of this paper, are published in this issue (CDT (March 2022), Vol. 14, N°1, namely Austria, Baltic States, Belgium, Croatia, France, Germany, Hungary, Italy, Netherlands, Poland, Spain) or will be submitted for publication in the following issue (Sweden). Some national reporters decided not to publish their report but generously allowed us to use their research for our comparative analysis (Bulgaria, Czech Republic).

European obligations is evident. Consequently, the mere registration of a status acquired abroad proves to be of increasing importance in practice.

Keywords: recognition/acceptance, status registration, international surrogacy, international name law, conflict of laws methodology

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Comparamos 16 jurisdicciones de la UE y su aplicación de la jurisprudencia mencionada. En general, se observa una tendencia general a favor del reconocimiento de un estatuto adquirido en el extranjero; ya sea por la reconfiguración de las normas de reconocimiento procesal y de Derecho internacional privado, o por la aplicación de nuevas técnicas, o por una creciente moderación a la hora de rechazar el reconocimiento por razones de orden público. Sin embargo, independientemente de la técnica, es evidente la lucha metodológica para cumplir con las obligaciones europeas. En consecuencia, la mera registración de un estatus adquirido en el extranjero convierte más y más importante en la práctica.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, maternidad subrogada internacional, derecho internacional del nombre, metodología del Derecho internacional privado.

Summary: I Introduction II Evolving Traditional Conflict of Laws Methods 1 Procedural Recognition: A Traditional Method Reformed A) General Remarks B) Extended Procedural Recognition C) Remodelled Procedural Recognition D) Decreasing Impact of Procedural Recognition 2 Towards a Recognition via PIL A) General Remarks B) Connecting Factors *De Facto* Ensuring Recognition C) Connecting Techniques *De Facto* Ensuring Recognition D) Remodelled PIL rules a) Result-oriented PIL rules b) The German Way: *Blockverweisung* in EU Free Movement Cases 3 First Interim Conclusions III Acceptance ('Simple Recognition') As a New, Gap-Filling Technique 1 General Remarks 2 Acceptance as Additional Codified Method in National Legislation 3 Courts as the Motors of Implementation 4 Second Interim Conclusions IV Registration as an Alternative To Recognition? 1 General Remarks 2 Link between Registration and Recognition 3 Registration as a Separate Legal Act 4 Control of the Underlying Status 5 Third Interim Conclusions V Extent of National Control and Limits to Recognition of Foreign Status 1 Public Policy and Similar Substantive Obstacles to Recognition A) Same-sex Marriages and Establishments of Registered Partnerships B) Filiation Including Surrogacy and Adoption C) Names D) Divorce/Dissolution of Registered Partnership 2 Recognition or Rejection, but not quite: Transformation and Renewal of Status A) Transformation as a Compromise B) Variants: Renewal of Status or Establishment of a Similar Alternative Status 3 Other reasons to refuse recognition: *Fraus legis* and Missing Connection 4 Conflicting Status: Almost No Case Law 5 Fourth Interim Conclusions VI Towards Recognition: General Observations and Critical Assessment 1 General Remarks 2 Huge but Nuanced Impact of CJEU and ECtHR Cases 3 A Myriad of Methods and Techniques to Cope with the Challenges of Recognition 4 Status Registration as a Neglected Issue VII Conclusions and Suggestions

I. Introduction

1. Over a decade ago, a series of decisions by the CJEU regarding international name law triggered a debate commonly associated with 'recognition or acceptance of status'.¹ At least regarding names, a more or less certain structure has emerged.² A name legally acquired and registered in one Member State

¹ A similar discussion came up in international tax law and international company law (see e.g. CJEU 27 August 1988, *Daily Mail*, C-81/87; 9 March 1999, *Centros*, C-212/97; 5 November 2002, *Überseering*, C-208/00; 30 August 2003, *Inspire Art*, C-167/01; 16 December 2008, *Cartesio*, C-210/06; 12 July 2012, *VALE*, C-378/10; 25 October 2017, *Polbud*, C-106/16).

² See CJEU, 2 October 2003, *Garcia Avello*, C-148/02; 14 October 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06; 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; 12 May 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09; 2 June 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14; 8 June 2017, *Freitag*, C- 541/15.

has to be recognized in another Member State as long as the recognition does not violate public policy (e.g. abolishment of nobility and related titles). According to the CJEU, having to use a surname in one Member State that is different from the one used in another Member State is liable to hamper the exercise of the right to move and reside freely within the territory of the Member States (e.g. different names in passports, driver's licences etc). Thus, the EU citizens' right to free movement as stipulated in Article 21 TFEU serves as a reason for the recognition of status in EU law. In addition, the principle of mutual recognition and trust facilitates such an approach. So far, these CJEU judgments have even resulted in some new legislative developments, e.g. the EU regulation regarding the circulation of public documents³. Furthermore, in 2018, the CJEU extended the aforementioned case law to same-sex marriages validly concluded in one Member State: At least within the context of directive 2004/38, the concept "spouse" has to be extended to same-sex spouses, even if the host Member State in general rejects the concept of a same-sex marriage. The court explicitly referred to Article 21 TFEU and the case law regarding the acceptance of a name.⁴ Most recently, the CJEU ruled that any Member State has to recognise the parent-child relationship between a child and the two persons of the same-sex designated as parents in a birth certificate issued by another Member State in the context of free movement – even if it does not know the concept of parenthood of persons of the same sex (e.g. co-motherhood) in its own law.⁵ Moreover, it has to issue an identity document, such as a passport, to the child if he/she is a national of the host State.⁶

2. A parallel discussion evolved after the ECtHR ruled on the 'recognition' of a certain status on several occasions. Those cases concerned the recognition of a foreign adoption⁷ and the parentage of intended parents after surrogacy proceedings⁸. Furthermore, similar considerations applied regarding same-sex marriages concluded abroad.⁹ Contrary to the CJEU, the ECtHR justified its decisions by reference to certain human rights, in particular the right to respect for private and family life (Article 8) and the right to marry (Article 12 ECHR).

3. From a broader perspective, one could ask whether the reasoning applied in the CJEU and ECtHR decisions could or should be extended to other cases of status acquisition or other legal relationships *per se*. Similar needs arise not only on the EU and European, but also on the national law level. Furthermore, as the case law leaves a broad margin of appreciation to national institutions (legislative, judiciary), the national 'implementation' and reception of these CJEU and ECtHR judgments may differ, depending also on the legal context.

4. In this regard, we conducted a **comparative analysis** involving young researchers from various EU-Member States.¹⁰ We wanted to find out how the *national* law, courts and other authorities deal with the question of recognition of status and the corresponding obligations and challenges imposed by the CJEU and ECtHR. Thereby, the term 'status' is understood broadly in this paper and refers to a legally relevant characteristic of a person that is of a (more or less) permanent character that ought to be determined by one law for all purposes.¹¹ Status in that sense is a broad notion including the name and gender of

³ Regulation (EU) 2016/1191 of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens, OJ L 200, 1.

⁴ CJEU, 5 June 2018, *Coman*, C-673/16, esp. recitals 37 et seq.

⁵ CJEU, 14 December 2021, *V.M.A. – Pancharevo*, C-490/20, recital 49.

⁶ CJEU, 14 December 2021, *V.M.A. – Pancharevo*, C-490/20, recital 45.

⁷ ECHR, 28 June 2007, *Wagner & J.M.W.L. v. Luxembourg*, no. 76240/01; 3 May 2011, *Negropontis-Giannisis v. Greece*, no. 56759/08.

⁸ ECHR, 26 June 2014, *Menesson v. France*, no. 65192/11; 26 June 2014, *Labassee v. France*, no. 65941/1; 24 January 2017, *Paradiso u. Campanelli v. Italy*, no. 25358/12.

⁹ ECHR, 14 December 2017, *Orlandi et al. v. Italy*, nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12.

¹⁰ Most national reports, which were drafted to guide our comparison, are published in this issue (CDT (March 2022), Vol. 14, N°1: Austria, Baltic States, Belgium, Croatia, France, Germany, Hungary, Italy, Netherlands, Poland, Spain) and the following issue (Sweden). References to these reports (by marginal numbers (mn)) can be found in many footnotes in this paper; cases and legislation are cited in accordance with the citation styles (e.g. abbreviations) in the national reports. Some national reporters decided not to publish their report but generously allowed us to use their research for our comparative analysis (Bulgaria, Czech Republic).

¹¹ Cf E. RABEL, *The conflict of laws: a comparative study*, Vol. IV, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958,

a person, legal capacity and family relations such as parentage (filiation, adoption, surrogacy), marriage, divorce, conclusion and dissolution of formalised partnerships. ‘Recognition’¹² is also understood broadly and encompasses any legal technique which makes a status, that has been acquired abroad, i.e. formed/conferred in accordance with the laws of another State, valid also as regards the recognizing state.

5. As the CJEU and ECtHR case law set up recognition obligations, without however specifying *how* recognition should be achieved, the methods, which are applied, vary. Generally, academic literature on status recognition differentiates between **three distinct methods of recognition**:

- (1) recognition of foreign judgments (which we call ‘procedural recognition’ in this paper)
- (2) recognition by application of the PIL rules (i.e. reference rules)
- (3) ‘acceptance’ of a legal situation as such, without reference to a foreign decision (or other formal requirements) or use of a (classic) connecting factor (i.e. PIL rule).

6. At this point, it must be stressed that **all national legal systems use more than one recognition method**. Most countries adhere (mainly) to a dual system consisting of (extended) procedural recognition and, as a second (subordinate) step, recognition by PIL rules.¹³ Some cope with the CJEU/ECtHR recognition obligations by applying a remodelled version of traditional procedural recognition rules to status decisions and acts. In the absence of recognizable (judicial) decisions, others rather rely on rules providing for the acceptance of foreign status instead of classic reference rules. The systems and their nuances are manifold, and each is unique.

7. First, we are going to take a closer look at how traditional Conflict of Laws methods are used and re-shaped to ensure the recognition of a foreign status in the Member States (see *infra* part II). Second, we are going to present and analyse some national rules which employ a technique of ‘acceptance’ of a foreign status (see *infra* part III). Third, we are going to show the importance of mere status registration as an alternative or addition to status recognition (see *infra* part IV). Fourth, public policy and related reasons to refuse recognition are examined (see *infra* part V). Finally, we are going to assess our findings and propose some changes from a European perspective to enhance the situation of people living in a cross-border context (see *infra* part VI). Finally, we are going to present our main conclusions from the findings revealed by our comparative study and analysis (see *infra* part VII).

II. Evolving Traditional Conflict of Laws Methods

1. Procedural Recognition: A Traditional Method Reformed

A) General Remarks

8. So far, the rules on ‘traditional procedural recognition’, i.e. the procedural recognition of foreign judgments, are well established in the Member States and appear to work seamlessly. Typically, a

p. 114; A.E. VON OVERBECK, “Persons (chapter 15)”, in: K.LIPSTEIN/R. DAVID, *International encyclopedia of comparative law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 15-3 et seq.

¹² We are aware of the fact that ‘recognition’ as a legal term is strongly associated with the ‘recognition of judgments’. However, it is also commonly used in a broader sense – by the CJEU (14 October 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559: ‘...recognize a child’s surname...’ (ruling)), the ECtHR (14 December 2017, *Orlandi et al. v. Italy*, nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12) and in the aforementioned academic debate (see for example M. LEHMANN, “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, in LEIBLE, *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, p. 11 et seq).

¹³ For example, France (report mn 3, 24 et seq), Austria (report mn 32 et seq), Germany (report mn 18 et seq), Croatia (report mn 16 et seq), Sweden (report mn 14 et seq), Spain (report mn 2, 26, and 28), Poland (report mn 42), Hungary (report mn 22), and Belgium (report mn 33). In Estonia, the rule is acceptance, however, the Supreme Court declared – despite a general prohibition of same-sex marriages in Estonia – that a foreign marriage which was performed in accordance with the laws of the couple’s habitual residence must be considered valid in Estonia; this represents a recognition by PIL rules (see report mn 25).

status acquired abroad is recognized only if the status was established by judgment. Thus, the status as divorcee (i.e. court judgment on divorce) or adoptee (i.e. court judgment on adoption) may be recognized this way. However, two developments in the national laws of the Member States alter and broaden our understanding of ‘traditional procedural recognition’ – and encourage the recognition of legal situations which are *not* created by a judicial decision in the narrower sense.

9. On the one hand, the method of traditional recognition of judgments has been **extended** in some States to also include decisions by other (public) authorities or other (public) acts. This ‘extended procedural recognition’ applies the (same) rules as are used for the traditional recognition of judicial decisions (II.1.B). On the other hand, in some States, procedural recognition has been **remodelled** in so far that a similar form of procedural recognition is used to recognise a foreign status created by (non-) judicial decisions or only documented/registered by public authorities (III.C). Furthermore, in practice, the relevance of formal procedural recognition is decreasing in some Member States due to fewer status determination by judgment and a more limited use of recognition proceedings (II.1.D).

10. The advantage of such a reformed (extended or remodelled) procedural recognition is that it – generally – allows public documents to be recognized without a review on the merits, as this is usually not required for procedural recognition.¹⁴ As regards substantive criteria, the procedural methods of recognition tend to rely on a public policy (and *fraus legis*) control only.¹⁵ Besides, the (formal) requirements for recognition are generally quite manageable and resemble each other in most of the Member States. They include: (some kind of) indirect competence of the foreign authority (e.g. hypothetical competence according to the *lex fori*¹⁶ or to an internationally accepted ground for jurisdiction¹⁷; no exclusive jurisdiction¹⁸ in the recognizing state; no exorbitant jurisdiction or some kind of substantive connection between the jurisdiction of the foreign court and the dispute¹⁹); compliance with basic procedural requirements (e.g. ‘proper’ proceedings²⁰, lawful service of the defendant²¹; right to be heard for both parties²²); no irreconcilability (with a conflicting decision or pending case²³ in the recognizing State); finality of the decision²⁴. In some Member states, all the criteria apply, in others only parts of the criteria apply²⁵.

¹⁴ See, for example, for France: Civ. 1re, 20 February 2007, *Cornelissen*, n°05-14082, for details see French report mn 56; and for Bulgaria: Article 121 (1) BCPIIL.

¹⁵ However, in the Czech Republic, the factual basis of the foreign court proceedings regarding parentage must have been established in accordance with Czech law, see § 51 (3) Czech PIL. Similarly, section 637 (2) 7) Latvian Civil Procedure Law requires the foreign decision to be based on the law which would have been applied according to Latvian PIL rules.

¹⁶ Austria (see, for instance, OGH 26 April 2017, 1 Ob 21/17w); Germany (*Spiegelbildprinzip*, section 109 (1) (1) FamFG); Estonia (§ 620 (1) (6) Estonian Code); Latvia (section 637 (2) (1) Latvian Civil Procedure Law); Bulgaria (Article 117 BCPIIL); Hungary (section 109 (1) and (2), 116-119 New PIL Code, report mn 52); Italy (Article 64 (1) (a) PIL, see Italian report mn 42. In contrast, the competence is not verified (anymore) in France (Civ. 1^{re}, 20 February 2007, *Cornelissen*, n°05-14082, see report mn 10 and 56), but sufficient proximity of the deciding foreign court and the case is required.

¹⁷ Netherlands regarding divorce, see report mn 20.

¹⁸ Article 25 (1) Belgian Code of PIL; Article 69 PILA (Croatia); Latvia section 637 (2) (1) Latvian Civil Procedure Law; Article 1146 (1) (2) Polish CCP; Article 46 (c) Spanish Law for International Civil Cooperation.

¹⁹ Article 25 (1) Belgian Code of PIL; Article 69 PILA (Croatia); Article 10:100 (1) (a) DCC regarding filiation (Netherlands).

²⁰ Article 10:100 (1) (b) lit. b DCC regarding filiation (Netherlands).

²¹ Poland (Article 1146 (1)(3) CCP, see report mn 31); Bulgaria (Article 117-124 BCPIIL); Spain (Article 46 (b) Spanish Law for International Civil Cooperation); Latvia (section 637 (2) (3) Latvian Civil Procedure Law). For Belgium see, in particular regarding default judgments, report mn 25.

²² All, sometimes included in public policy, sometimes explicitly mentioned. See, for example, Croatia (Art 68 PILA, report mn 37); Hungary (section 109 (4) New PIL Code, report mn 57), Italy (Article 64 (1) (b) PIL, report mn 42).

²³ Austria (report mn 39), Belgium (Article 25 (1) Belgian Code of PIL), Bulgaria (Article 117 BCPIIL), Croatia (Art 70 PILA), Germany (Section 109 (1) (3) FamFG), Estonia (§ 620 (1) (3) and (4) Estonian Code), Hungary (section 109 (4) (c-e) New PIL Code), Latvia (section 637 (2) nos. 4-5 Latvian Civil Procedure Law), Spain (Article 46 (d)-(f) Spanish Law for International Civil Cooperation), Italy (Article 64 (1) (a) PIL), Poland (Article 1146 (1)(5) and (6) CCP), Netherlands (Article 10:100 (3) DCC regarding filiation).

²⁴ Article 25, §1 Belgian Code of PIL; Article 67 PILA (Croatia); § 620 para 2 Estonian Code; section 109 (1) (b) New PIL Code (Hungary, see also report mn 52); section 637 (2) (2) Latvian Civil Procedure Law; Article 1146 (1) (1) CCP (Poland); Art. 117 BCPIIL (Bulgaria); Netherlands (Article 10:100 (1) DCC regarding filiation); Italy (Article 64 (1) (e) PIL).

²⁵ For example, in France, only the hypothetical (indirect) competence of the foreign court is required, see report mn 10.

A) Extended Procedural Recognition

11. In some jurisdictions, e.g. BELGIUM,²⁶ CROATIA²⁷ and GERMANY,²⁸ a ‘judicial decision’ in the sense of recognition is not limited to decisions made by judges. It includes every authority authorised by the state, as long as the decision is equated with a court decision in the state of origin, i.e. is a binding final decision on the law. Similarly, the rules regarding foreign adoption decisions in the NETHERLANDS apply to all “decisions” taken by a competent authority.²⁹ In CROATIAN doctrine, there is also the discussion whether religious (i.e. Canonical) courts might issue “foreign decisions”.³⁰ In BULGARIA, bilateral obligations exist which require the recognition of ‘judgments’ issued by courts as well as civil status authorities and guardianship authorities thereby obviously extending procedural recognition to decisions by status authorities.³¹

12. In other countries, the term ‘judicial decision’ is even broader. In POLAND³², HUNGARY³³ and AUSTRIA³⁴, the mere involvement of a public authority acting in civil matters (e.g. public notary, civil status registry) seems to be sufficient, e.g. the registration of a status even though this registration is of a declarative nature only. In the NETHERLANDS, a divorce can be recognized ‘if it has been decreed by a decision of a court or other authority to whom jurisdiction has been granted’; this authority can even be an ecclesial or other religious authority.³⁵ In SWEDEN, even a private divorce (*talaq*) may be recognized by application of the procedural recognition rules as long as it is confirmed by a state authority in some form (and a recognition respects the human rights requirements).³⁶ In LATVIA, it is sufficient that the decision was made by a public authority in civil matters if the recognition is based on European rules or international treaties; otherwise, the public authority must have public powers for the (autonomous) procedural recognition rules to apply.³⁷

B) Remodelled Procedural Recognition

13. As indicated above, we speak of a remodelled procedural recognition method, whenever specific procedural and formal requirements are applied for recognition which are, however, not the requirements used by traditional procedural recognition. Naturally, the criteria can be quite similar – but they must not be same; they constitute parallel regimes. Otherwise, we would speak of extended procedural recognition (see *supra* II.1.B). Such remodelled recognition rules can be found especially in ITALY for family relationships and personality rights and in the NETHERLANDS regarding divorce and filiation.

14. ITALIAN law adopts a remodelled procedural recognition method regarding decisions on the existence of family relationships or personality rights (Article 65 PIL): A foreign measure which is

²⁶ Article 22 § 3 no. 1 Belgian Code of PIL.

²⁷ Article 66/3 of the PILA, see Croatian Supreme Court, Gž 27/1993-2 of 21 October 1993, Croatian report mn 28.

²⁸ Report mn 21.

²⁹ Articles 10:108 and 10:109 DCC, report mn 36.

³⁰ V. TOMLIJENVIĆ, “The Canonic Marriage - Revision of Croatian Family Law and Its Conflict of Laws Implications”, in A. BAINHAM, *International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2003, pp. 107, 115-117, 120-121.

³¹ Article 46 of the Bilateral Treaty between the Republic of Bulgaria and the Union of the Soviet Socialist Republics, promulgated in the Official Journal of Bulgaria n°12 of 10 February 1976.

³² Article 1145 CCP, report mn 31.

³³ See section 3 (a) New PIL Code, report mn 11 and 45.

³⁴ See Austrian report mn 38 and 4 (fatherhood), 15 (adoption), 13 and 55 (surrogacy). Critically, M. NADEMLEINSKY, “Die Anwendung von Anerkennungsregeln auf familienrechtliche Entscheidungen“, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, No. 23-24, 2016, pp. 1063 et seq. See OGH 27 November 2014, 2 Ob 238/13h with further references; OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x; 29 January 2010, 1 Ob 138/09i; 13 October 2011, 6 Ob 69/11g. See also OGH 20 December 2018, 6 Ob 142/18b.

³⁵ Article 10:57 para 1 Dutch Civil Code, report mn 20.

³⁶ Supreme Court of Sweden NJA 2013 N9; see report mn 9.

³⁷ Section 636 (2) Latvian Civil Procedure Law.

not a judgment (notary deed, administrative decision/writ) is recognized in Italy when it is *rendered* by the authority of the State whose law is recalled by the Italian PIL provisions or *produces effects* in that system (as long as public policy and basic aspects of ‘fair trial’ are respected).³⁸ It is irrelevant whether the foreign authority acted within its competence or applied the law correctly from its point of view.

15. In the NETHERLANDS, a divorce which does not meet the criteria set out by Article 10:57(1) DCC can still be recognized under Article 10:57(2) DCC if both parties consented or accepted the divorce.³⁹ As this recognition is not based on the rule on (extended) procedural recognition, but still requires some procedure or supervision,⁴⁰ it can be categorized as remodelled procedural recognition. Similarly, Article 10:101 which applies parts of the rule on judicial decisions regarding filiation (Article 10:100) to foreign legal facts and legal acts laid down in a certificate in accordance with local regulations is an example of remodelled procedural recognition.⁴¹

C) Decreasing Impact of Procedural Recognition

16. As a separate recognition proceeding⁴² might create an extra burden to the parties, another tendency has evolved on the procedural level, probably also inspired by the EU abolition of exequatur: More and more legal systems only require a recognition proceeding if the validity of the judgment is challenged or it is needed for other purposes (e.g. to obtain specific effects).⁴³ If a (court) decision or another document forms the basis of recognition, a translation will often be required.⁴⁴

17. Besides, a rising appreciation of private autonomy in the substantive law of the Member States (and other States worldwide) furthers the opportunities to privately ‘create’ or change a new status without judicial involvement. For example, in many Member States so-called ‘private divorces’, i.e. divorces based on a party agreement without requiring a judicial or other divorcing decision, are on the rise.⁴⁵ Reformed procedural recognition rules may equally encompass such phenomena, thereby facilitating their recognition abroad. Interestingly, the new Brussels IIb Recast Regulation 2019/1111 already addresses this issue in Chapter IV section 4 (Authentic instruments and agreements).

³⁸ Several relevant decisions exist in Italy: e.g. Corte di Cassazione No. 19599 of 2016 which recognized and ordered the transcription in the public registry of a birth certificate validly rendered in Spain for a child born by egg donation; Corte di Cassazione No. 14878 of 2017 which ordered the rectification of a transcription in the Italian public registry of a birth certificate that had already been transcribed but that has subsequently been amended in the State of origin (UK); originally only the birth mother was indicated as mother, in the amended version also the other woman was named as mother (the child was the result of a medically assisted procreation technique). For details see Italian report mn 44.

³⁹ See report mn 20.

⁴⁰ See, in contrast, Article 10:58 DCC (report mn 20).

⁴¹ See report mn 33, 34.

⁴² As e.g. in the Czech Republic: Foreign public decisions which under the Czech law would have been issued by a court must be recognized by a court (Act on Private International Law no. 91/2012 Coll., §14), see also § 55 and § 62 of the Act on PIL regarding parenthood and adoption; Croatia: Article 66/1 PILA, at least for marriage and parentage, see report mn 18 et seq.

⁴³ E.g. Austria, §§ 91a et seq AußStrG as amended on 3 August 2009, Austrian Federal Law Gazette I 2009/75, see report mn 37; France, see report mn 9; Belgium, Article 22 § 1 Belgian Code of Private International Law, see report mn 7; Germany: A separate exequatur proceeding is only necessary in marital matters, § 108 (1) Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction, report mn 20; Hungary: s. 122 (1) of the New PIL Code, report mn. 34; Spain: Article 44.2 Law of International Civil Cooperation, report mn 28.

⁴⁴ Spain: Article 144 Law of Civil Procedure, report mn 29; Belgium: if the document is not available in Dutch, French or German, see report mn 35.

⁴⁵ E.g. France: Article 229 Code Civil, Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - article 50; Italy: Article 6 decreto legge: Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile (decreto legge Nr. 132, Gazzetta Ufficiale, 12 September 2014), approvato definitivamente 6 November 2014; Greece Article 22 law 4509/2017, GG A 201/22 December 2017, modifying Article 1438 Greek Civil Code; see S. GöSSL, “Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, “Private Divorces” and Islamic law under the Rome III Regulation”, in *The European Legal Forum*, No. 3 - 4, 2017, pp. 68 et seq.; S. GöSSL, “Überlegungen zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach „Sahyouni“”, in *GPR: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, Vol. 15, No. 2, 2018, p. 94 et seq.

2 Towards a Recognition via PIL

A) General Remarks

18. The second typical way to “recognize” a status is sometimes dubbed “recognition via conflict of laws” or “recognition by PIL rules”. The accepting authority uses the connecting factors of the *lex fori* to determine the law under which she reviews the establishment of the status. If the requirements of the domestic law determined by the connecting factors of the *lex fori* are fulfilled, the status is “recognized” or accepted. This method *de facto* leads to the “recognition” of a status whenever the *lex fori* uses connecting factors that are also used in the State establishing the status or whenever the substantive law referred to in the State of origin of the status uses similar requirements as the “recognizing” State. However, if the connecting factor in question refers to a state according to whose law the status in question does not exist/is not valid, the foreign status is not recognized – resulting in a ‘limping relationship’. In other terms, recognition via PIL rules is rather a recognition ‘by chance’.

19. Formally, some countries require an authentic instrument⁴⁶ or certificate or equivalent documentation to recognize a foreign status by PIL.⁴⁷ In policy-sensitive cases, sometimes it seems to be preferable for authorities to deny recognition due to a lack of formally correct documents if such documents are required.⁴⁸ Other countries, e.g. FRANCE,⁴⁹ GERMANY,⁵⁰ AUSTRIA⁵¹, SWEDEN, and SPAIN⁵² recognize the foreign status (based on PIL) independently of a foreign registration or other documentation, although such a documentation is usually used to help proving the facts of the case, especially if the relevant PIL rule refers to the country where the status was established.⁵³ If documents are presented, a legalization/apostille and a translation can be useful to prove its content.⁵⁴ If no public documentation is required, private acts such as adoption contracts or private/religious marriages or divorces can be recognized if they are validly concluded under the *lex causae*.⁵⁵

⁴⁶ For example, Article 30 Belgian Code of PIL requires that the submitted document is legalized/apostilled to verify the formal authenticity of the document; however, some flexibility (copies, verbal statements) is possible regarding documents from ‘failed states’, e.g. Somalia (Family Court Ghent, 15 December 2016, in *Tijdschrift@ipr.be*, No. 3, 2017, pp. 96-99), Iraq (Family Court Bruges, 13 January 2017, in *Tijdschrift@ipr.be*, No. 2, 2017, pp. 59-63), Belgian report mn 34 et seq.

⁴⁷ Poland (report mn. 41); Sweden (documents serve to convince the authorities of the validity, see e.g. (rejection) Kamarrätten i Göteborg 2964-14).

⁴⁸ For Sweden see M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages”, in P. LINDSKOUG, U. MAUNSBACH, G. MILLQVIST (ed.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, p. 159; see also migration related cases in the Belgian report mn 35.

⁴⁹ French report mn. 24 et seq.

⁵⁰ German report mn 35.

⁵¹ Austrian report mn 46 et seq.

⁵² E.g. for Spain see article 256 Regulation of the Civil Register (foreign marriage).

⁵³ For Austria, see BVwG 29 May 2018, W212 2184938-1/5E; VfGH 11 October 2012, B 99/12 ua (surrogacy, Ukraine).

⁵⁴ Austria (OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x); Belgium (Article 8 Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, BS 22 juni 1935, accessible via http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1935061501 and Article 1254, §1 Belgian Judicial Code (divorce proceedings). The Law of 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing – which entered into force on 1 January 2019 – upholds the right to ask for sworn translations, see (new) Articles 1254, §2 and 1288bis, §2 Belgian Judicial Code); France (for instance in case of a “foreign” marriage abroad (*lex locus celebrationis*) including a French spouse <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F21614>); Hungary (sections 171 (2), 320 (1) of the Hungarian Civil Process Code; section 14 (3) c) of Act on civil status registration procedure and Fővárosi törvényszék 3. K.34.141/2011/7; Fővárosi Ítéletábla 2.Kf.27.291/2012/8).

⁵⁵ Austria: § 26 IPRG and OGH 20 August 1996, 10 Ob 2284/96x (marriage by tribal tradition in Nigeria); OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x (Jewish marriage); Bulgaria: Decision No. 118 of 1 December 2017, Supreme Court of Cassation; France: CA Paris, 16 octobre 2012, n° 11/22096; see question 16, in M. CRESP (coord.), J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), S. SANA, *Droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2018, *op. cit.*; Germany: Article 17 EGBGB, see also Referentenentwurf, 14 June 2018, Entwurf eines Gesetzes zum internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts, available at <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/IntG%C3%BCRVG.html>; see further discussion S. GÖSSL, “Rom III-VO Art. 1 Anwendungsbereich”, in: GSELL/LORENZ/KRÜGER, BeckOGK, München, C.H. Beck, 2018 paras. 47 et seq.

20. Interestingly, two trends in national legislation reduce this randomness and *de facto* promote a recognition of foreign status: First, conflict of law rules are often drafted specifically to ensure recognition and avoid limping relationships, e.g. by using the place of registration as connecting factor. Some Member States have already used this approach before the issue of recognition or acceptance of legal situations was fueled by the recent CJEU and ECtHR cases (e.g. regarding marriage). More recently, not widely known legal phenomena, such as registered partnerships, increased the number of such rules, as some States seek to promote such partnerships and their recognition in cross-border cases (II.2.B).

21. Second, party autonomy and choice of law as well as a variety of alternative connecting factors is also used to *de facto* enable recognition. This way, the expectations and wishes of the persons concerned are given significant weight (II.2.C).

22. Third, in some Member States remodelled PIL rules exist which do not comply with the structure and application of traditional PIL rules (II.2.D). On the one hand, there are rules where the validity of a status in a certain law is key (II.2.D)a), on the other hand, the German “Blockverweisung” requires a status to having been established in conformity with its law of origin (II.2.D)b).

B) Connecting Factors *De Facto* Ensuring Recognition

23. Foremost among the connecting factors which basically ensure recognition are those which result in the application of the law which governed the establishment of the foreign status in the first place. In particular, as regards the question whether a person is married or not, many Member States apply the *lex loci celebrationis* (or *lex registri*);⁵⁶ for FRANCE and the NETHERLANDS even religious marriages are included if they are concluded in accordance with the law at the place of celebration.⁵⁷ Some Member States apply the *lex loci celebrationis* only ‘imperfectly’ as this connecting factor is used only to assess the formal validity of a marriage.⁵⁸ Whereas the *lex loci celebrationis* was often chosen for reference rules before questions of status recognition were dealt with in CJEU/ECtHR cases, it regained particular attention in the context of same-sex marriages: In AUSTRIA, for example, a special PIL rule referring to the law under which the marriage is (to be) established would apply if the law of the nationality of the spouse(s) didn’t allow the marriage due to the gender of the (future) spouses.⁵⁹

24. § 54 (3) CZECH PIL Act provides a subordinate acceptance or PIL rule (i.e. parentage would be accepted/valid if it was established in accordance with the law of the state where it was established) if the normal PIL rule (referring to the law of the citizenship of the child) led to the non-recognition of parentage established abroad. The Constitutional Court applied this rule to accept the parentage of

⁵⁶ E.g. Netherlands (Article 10:31 (1) Dutch Civil Code), Latvia (The Law on Registration of Civil Status Documents of 29 November 2012, “Latvijas Vēstnesis”, 197 (4800), 14.12.2012), Baltic States report mn. 23; France (report mn 25), Germany for same-sex marriages (Article 17b Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche), Croatia (article 32/1 PILA), Sweden (SFS 1904:26 Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, see in particular 1 kap. 7 §; report mn 14).

⁵⁷ Netherlands (report mn 23), see Article 10:31 para 1 Dutch Civil Code and A. VONKEN/F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021, par. 100; France (report mn 25), see in particular Article 171-1 and 202-2 Code Civil. Germany regarding heterosexual marriages, see Article 11 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. For Croatia, for religious marriages to be ‘recognized’ this way, a civil status certificate (state records) must be issued by the State in question (see report mn 32 et seq with further references).

⁵⁸ In Austria (see §§ 17, 18 IPRG) and the Czech Republic (§ 48 PIL Act), the material validity is determined for each spouse in accordance with their personal status (i.e. nationality); in Bulgaria, only the legal form of the marriage is governed by the *lex loci celebrationis*, see Article 75 (1) BC PIL; also in Germany the *lex loci celebrationis* applies to the formal requirements of different-sex spouses only (Article 11 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche); a similar rule exists also in Italy (Article 28 PIL).

⁵⁹ § 17 (1a) IPRG.

a Czech-Danish same-sex couple due to surrogacy in the US.⁶⁰ Interestingly though, the parties asked for a recognition of the Californian decision on their parenthood based on §§ 55 and 51 PIL Act which regulates procedural recognition.

25. Similarly, registered partnerships (and/or their dissolution⁶¹) are regularly “recognized” by the application of PIL rules, because very often the *lex (loci) registrationis* is applied as a connecting factor – usually, precisely for the purpose to ensure the recognition of such a (foreign) status which is not yet known in all States.⁶² In CROATIA, moreover, informal relationships will be ‘recognized’ if the law to which the closest connection exists sees them as valid/existing.⁶³

26. A special variation of this trend towards an enhancement of the recognition by PIL rules shows Article 15 (2) POLISH PIL Act 2011 regarding names: While international name law is governed by the law of the nationality, the law applicable to the acquisition or change of a name or surname abroad is the law that is applicable to the relevant event (except for marriage or divorce as events).⁶⁴

C) Connecting Techniques *De Facto* Ensuring Recognition

27. The use of **several alternative connecting factors together with a ‘favor principle’ or party autonomy** also significantly increases the probability of the ‘recognition’ of a status. The connecting techniques with the possibility to choose between alternative connecting factors are especially used in questions of name law in several countries: For example, as regards **names**, CROATIA provides various alternatives to apply Croatian law (e.g. habitual residence, nationality), as an alternative to the law of the foreign nationality, and allows a very liberal choice of names in substantive law (Article 8 Personal Name Act); this results in a kind of party autonomy as a domestic law solution (e.g. parties may choose the law of the foreign nationality of a spouse in order to allow for the names of the spouses to be spelled in a masculine and feminine form in accordance with this law).⁶⁵ Similarly, the BELGIAN PIL rule regarding names allows recognition by applying the nationality which the (multi-national) person concerned chooses.⁶⁶ In HUNGARY, the New PIL Code provides a possibility of choice (for the parties) concerning the bearing of the birth as well as the married name: for example, a person of double nationality may choose the law of any of his citizenships to determine his/her birth name and, in the context of marriage, the parties may request (jointly) the law of the citizenship of any of the spouses or Hungarian law to apply to the married name.⁶⁷ Interestingly, this choice in Hungarian law is not limited to EU citizens and thus goes beyond the requirements of the CJEU case law. Article 10 EGBGB will allow a limited choice of law in name law in GERMANY if the spouses or parents of a child have different nationalities (between those nationalities). Furthermore, the spouses or parents can opt for German law, if one of them has the habitual residence in Germany. In FRANCE, Article 311-24-1 Code Civil allows the parents to choose French law to apply to the name of their child although it was born outside France and given a name in accordance with the law of that place (name of origin).⁶⁸

⁶⁰ See I. ÚS 3226/16. In contrast, this rule could not be relied upon in the case of a female same-sex couple, where the Czech citizenship could not be derived from the birthmother but from the other parent as it contradicts the Act on Czech Citizenship according to which a mother is (only) the woman giving birth to the child, see report mn 46 et seq.

⁶¹ E.g. in the Netherlands according to Article 10:88 (1) DCC for consensual dissolution of a registered partnership.

⁶² See for example Austria (§§ 27a et seq IPRG); France (Article 515-7-1 Code Civil, report mn 51), Croatia (Article 39 para 2 PILA, report mn 23).

⁶³ Article 38 and 39 para 3 (for informal partnerships) Croatian PILA, report mn 24.

⁶⁴ See also Poland report mn 3.

⁶⁵ Article 18 Croatian PILA, report mn 21.

⁶⁶ Belgian report mn 11.

⁶⁷ See section 16 (2) and (3) of the New PIL Code; see report mn 15 and 38, 39.

⁶⁸ See French report mn 55.

28. Furthermore, in SWEDEN, a foreign marriage will be formally and materially valid if it is (formally) valid in the country of celebration, or of the habitual residence, or of the nationality of the spouses. Similarly, in ITALY, the law of the place of the celebration, the domestic law of at least one of the partners at the time of celebration, and the law of the State in which both partners were resident at the time of celebration are alternatives pursuant to Article 32ter Italian PIL regarding the formal validity of a civil partnership.⁶⁹

29. The ‘favor principle’ is mainly used in questions of parentage to pursue the best interest of the child: In ITALY, either the law of nationality of the child or, if it is more favorable, the law of the nationality of the parent at the date of birth apply to the question of parentage.⁷⁰ In GERMANY, Article 19 EGBGB provides the alternatives of the habitual residence of the child at the time of the birth or the nationality of each respective parent or – in case the parents are married – the law applicable on the marriage. In BULGARIA, notwithstanding the *lex patriae*, which is usually applied to questions of parentage, the law of the State in which the child is habitually resident at the time of establishment of parentage or the law applicable to the relationship in personam between the parents at the time of birth may be applied if it is more favorable.⁷¹ Similarly, in case of differences, instead of an application of the common *lex patriae* the *lex patriae* of either the adopting person or the adopted person is possible.⁷²

D) Remodelled PIL rules

a) Result-oriented PIL rules

30. Sometimes, rather **results-oriented PIL rules** are employed which explicitly determine the validity of a status by reference to a connecting factor but do not provide for an entire control of legal validity. Basically, such rules accept a foreign status as “valid” (for domestic purposes) if it is valid according to the law determined by a certain connecting factor. For example, in the NETHERLANDS, Article 10:58 DCC regarding a dissolution of a marriage that has been proclaimed without a public procedure or supervision requires its validity under the national law of the spouse who has dissolved the marriage one-sided.⁷³ Similarly, Article 10:88 (1) DCC provides for the recognition of the dissolution of a registered partnership by mutual consent if the dissolution is valid according to the law of the dissolving State.⁷⁴ Also, as regards marriage, Article 10:31 DCC provides that a marriage contracted abroad is recognised if (among other criteria) it is valid according to the law of the State where it took place.⁷⁵ In SWEDEN, according to special rules that apply to proxy marriages, their ‘recognition’ (i.e. validity for the purposes of Swedish law) is not determined by the *lex loci celebrationis*-rule which is generally applied to foreign marriages, but the relevant rules actually bind the validity from the perspective of Swedish law to the validity in the State that issued the documents.⁷⁶ A similar rule exists in BULGARIA – Article 75 (3) BCPIL stipulates that ‘a marriage concluded abroad shall be recognized’ if the form complies with the *lex loci celebrationis* – and in LATVIA, where a marriage concluded abroad and in conformity with the law of the place of the conclusion “shall be valid”.⁷⁷

⁶⁹ See also Italian report mn 26.

⁷⁰ Article 33 (1) PIL, see Italian report mn 2.

⁷¹ Article 83 BCPIL.

⁷² Article 84 BCPIL.

⁷³ Report mn 20, 21.

⁷⁴ See report mn 38.

⁷⁵ Report mn 22. A similar rule applies to the establishment of foreign registered partnerships.

⁷⁶ See chapter 1 section 7 § of SFS 1904:26 Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, report mn 23, 26.

⁷⁷ See the Law on Registration of Civil Status Documents of 29 November 2012, for details see Baltic States, report mn 23.

b) The German Way: *Blockverweisung* in EU Free Movement Cases

31. GERMANY applies a modified PIL analysis in EU free movement cases only. Recognition or acceptance in an EU context does not mean that courts or other authorities will not look at the merits of the case. They do not apply German PIL rules to see whether a status has been established in another EU Member State,⁷⁸ but they analyse whether the status was established in conformity with the law of the State of origin.⁷⁹ E.g., one court refused acceptance as the foreign registering civil status employee determined the law applicable incorrectly.⁸⁰ Indirectly, this reasoning was confirmed in 2019 by the Supreme Court.⁸¹ So, the “law of the State of origin” refers to national law including the national PIL rules of the State of origin. Sufficient, nevertheless, is the point of view of the foreign State: The State must regard the name as validly established or acquired.⁸² In academic literature, this approach is called “*renvoi en bloc*” (*Blockverweisung*), as it refers to the complete foreign legal system as such, including its private international law referrals and forms of *renvoi*.⁸³

3 First Interim Conclusions

32.

1. There is a general tendency in modern Private International Law to enable the recognition of a status acquired abroad, using the traditional models of “recognition” in Private International Law.
2. On the formal side, barriers to recognize a status are increasingly abolished, e.g. by allowing an “incidental” recognition without a separate *exequatur* proceeding.
3. On the substantive side, there is a tendency to reduce a control on the merits by extending the traditional recognition of court decisions. The traditional recognition of court decisions has been extended in two ways:
 - a) There is a tendency to understand the concept of a “decision” in a very broad way, in some jurisdictions even as only requiring some kind of involvement of a foreign authority (e.g. status registration) (‘extended procedural recognition’). Consequently, such “decisions” may be recognized without an analysis of the merits and are subject to a formal control only, except for the public policy exception.
 - b) Moreover, the procedure of recognition of judgments (procedural recognition) has been used in some jurisdictions as a model to establish a similar procedure (‘re-modelled pro-

⁷⁸ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 31, No. 1, 2011, p. 70.

⁷⁹ German report mn 29-34; BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Das Standesamt*, 2019, p. 207.

⁸⁰ KG 19 January 2016, 1 W 460/15, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 63, 2016, p. 1280; similar F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4073, *Das Standesamt*, 2017, pp. 119, 122-124. The name in question was established under the *lex registri* even though the person was not a national of that law (and that was the connecting factor under the foreign conflict of laws rules).

⁸¹ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Das Standesamt*, 2019, p. 207.

⁸² OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 30, No. 5, 2010, p. 452; OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 60, 2013, p. 412; BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, Vol. 28, No. 24, 2016, p. 1473; OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 62, 2015, p. 210; KG 14 October 2014, 1 W 554/13, *Das Standesamt*, 2015, p. 142; AG Wuppertal 24 September 2015, 110 III 3/15 *BeckRS 2016, 05232, Das Standesamt*, 2016, p. 86; see also H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 4004, *Das Standesamt*, 2014, pp. 348, 351; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4008, *Das Standesamt*, 2014, p. 119.

⁸³ S. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 28, No. 4, 2018, pp. 376-382, 379 *et seq.*; H-P. MANSSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums“, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 70, No. 4, 2006, pp. 651, 705; P. SIEHR, “Paolo Picone: Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 25, No. 3, 2005, pp. 155, 157.

cedural recognition’) to recognize a foreign status. Again, only a limited formal control and the public policy exception are required to recognize a status in these proceedings.

4. As regards “recognition by PIL rules”, a tendency to encourage “recognition” or acceptance by a reshaping of connecting factors and techniques can be observed:
 - a) Newer conflict of law rules use connecting factors which promote an acceptance by PIL, e.g. applying the *lex loci celebrationis* or *lex registri*.
 - b) Connecting techniques that rely on more than one connecting factor facilitate the recognition of a status acquired abroad, either by giving room to party autonomy or introducing a “favor-principle”.
 - c) Some PIL rules have been remodelled insofar as they are structured differently from traditional PIL rules and recognize a foreign status if it is valid according to its law of origin.

III. Acceptance (‘Simple Recognition’) As a New, Gap-Filling Technique

1. General Remarks

33. Besides the (evolved) traditional conflict of laws methods to recognize a foreign status, namely procedural recognition and recognition by PIL rules, a third methodological category can increasingly be detected in national law and, in particular, national judicial and administrative decisions. This method is rather new and has been used in most countries to comply with the requirements set by CJEU and ECtHR case law – but is not limited to this use. It is not procedural as it does not use any of the formal requirements that are prescribed by procedural recognition rules. Neither does it refer to a foreign law by relying on connecting factors like classic PIL rules.

34. On the one hand, this method is used in explicit acceptance rules established by some Member States either in reaction to the CJEU and ECtHR cases and their recognition requirements, or independent from international influence to enhance the portability of status. These rules can be found in particular in name law (III.2). On the other hand, this method is used by the courts and other public authorities – often without explicit methodological explanation (III.3).

2 Acceptance as Additional Codified Method in National Legislation

35. Typically, only **single rules regulating acceptance for particular legal areas** exist. Member States tend to limit these rules to status **acquired in another EU Member State** as it usually serves to comply with EU obligations (i.e. fundamental freedoms).⁸⁴ Sometimes a **publicly documented status** is required.⁸⁵ Sometimes a special connection must be in place.⁸⁶

36. The legislative approach can be observed regarding **names that have been acquired abroad**. For example, in SWEDEN, section 30 of the Act on personal names (2016) provides for the recognition of names that have been acquired abroad.⁸⁷ Similarly, in FRANCE, Article 61-3-1 (and 311-24-1) Code

⁸⁴ See for example Germany: Article 48 EGBGB; Sweden: section 30 of the new act of 2016 (SFS 2016:1013 Lag (2016:1013) om personnamn) (EU Member State and Switzerland). No limitation to names from other Member States: Hungary (report mn 13) and the Netherlands (report mn 26 *et seq.*).

⁸⁵ For example, in Germany, Article 48 EGBGB applies to names *registered* abroad; Hungary: section 16 (5) New PIL Code, see report mn 16; Netherlands: Article 10:24 DCC (certificate required).

⁸⁶ Germany: person concerned must have had their habitual residence in the state in question (Article 48 EGBGB); Sweden: a connection established by habitual residence, nationality or another connection is required, see report mn 36.

⁸⁷ The rule does not refer to recognition *per se* but gives the person the ‘right to acquire that name also in Sweden’ by notice

Civil allows a change of name in the French Civil Registry to comply with a name legally accepted in a foreign Civil Registry (if certain requirements are met and there is no opposition).⁸⁸ In GERMANY, to comply with the EU case law, Article 48 EGBGB was established that allows the acceptance of a name acquired in another EU Member State.⁸⁹ Furthermore, the acquisition of a name in another State and the avoidance of “limping names” forms a reason to change a name under substantive name law (§§ 1, 3 NamÄndG).⁹⁰ In the NETHERLANDS, a foreign name acquired at birth or due to a civil status change shall be recognized if it is laid down in a certificate drawn up by a competent authority.⁹¹ Similarly, in HUNGARY, names of Hungarian citizens are recognized if they have been validly registered under the law of another state if the Hungarian citizen involved or his spouse also have the nationality of the registering state or the Hungarian citizen has his/her habitual residence in the registering state.⁹² Even though the rule is not limited to citizens from EU Member States, the rule was drafted with explicit reference to *Grunkin & Paul* in the legislative justification.⁹³ In AUSTRIA and SPAIN, free movement (and the corresponding case law) as a possible reason to merely accept a status is indicated in the guidelines for registrars regarding names.⁹⁴

37. Furthermore, there are some States that simply accept a status without a special reference to EU law. In the NETHERLANDS, the ‘principle of *fait accompli*’ seems to pave the way for a simple acceptance of a foreign status despite the codified rules if it corresponds with the legitimate expectation(s) of the party/ies.⁹⁵ Similarly, in GERMAN name law, the use of a name over a certain period of time helps to make it ‘acceptable’.⁹⁶ Additionally, POLISH law ‘recognizes’ names that have been acquired abroad by applying PIL rules which use the nationality of the person concerned as connecting factor. However, any person may apply for a change of name in accordance with Article 4 of the Law on change of name and surname if she/he constantly uses the aspired name abroad.⁹⁷

38. A marriage that has been validly concluded abroad shall be recognized in LITHUANIA except in cases of *fraus legis* (i.e. evasion of grounds for nullity pursuant to Lithuanian law) if both spouses are domiciled in Lithuania.⁹⁸ Similarly, in LATVIA a dissolution or annulment of a marriage

to the Swedish tax agency (Skatteverket), provided that certain limitations do not apply (SFS 2016:1013 Lag (2016:1013) om personnamn). See also, regarding section 49a Act of personal names (previous, but very similar rule): For an overview of the situation at that time in English, see L. HÅKANSSON, *Your Europe – your name? An analysis of the compatibility of Swedish private international law with European Union law in name matters*, 2012, <https://www.uppsalajuristernasaluminstiftelse.se/wp-content/uploads/2014/11/Linnea-H%C3%A5kansson.pdf>

⁸⁸ „Toute personne qui justifie d’un nom inscrit sur le registre de l’état civil d’un autre Etat peut demander à l’officier de l’état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre Etat.[...]”. Technically, it is, however, not considered to apply the method of ‘acceptance’, for a detailed analysis see report mn 54 and 55.

⁸⁹ See also German report mn 26.

⁹⁰ Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz - NamÄndG), BGBl. 2021 I, 738, see S. GÖSSL, „Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 28, No. 4, 2018, pp. 376-382, 379.

⁹¹ Article 10:24(1) DCC, see report mn 28.

⁹² Section 16 (5) New PIL Code, see report mn 16.

⁹³ Legislative justification to s. 16 of the New PIL Code, see report mn. 17.

⁹⁴ See, for instance, Austria: BMI-VA1300/382-III/4/b/2014, 59, for further details see the Austrian report mn 29, 30 and 53; Spain: Instruction of the authority in charge of Civil registers (“Instrucción”) DGRN 24 February 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE, see decisions such as RDGRN [3^a] 27 enero 2014, RDGRN [2^a] 27 November 2013, Art 56 of the new law on the Civil Registry – for details see report mn 18.

⁹⁵ Article 10:9 DCC, see report mn 30.

⁹⁶ E.g. German courts accepted a name that was established incorrectly by the foreign registrar (under the state of origin’s PIL rule and the subsequent *lex causae*) by taking account of the fact that the person lived in that foreign State under that name for a long period of time. See AG Berlin-Schöneberg 24 January 2012, 70 III 472/11, *Das Standesamt*, 2013, p. 21, For further details see German report mn 38.

⁹⁷ However, substantive limits may apply, e.g. according to a decision by the Regional Administrative Court the name of a same-sex partner cannot be chosen. For details see Poland report mn 7.

⁹⁸ Article 1.25 (4) Civil Code, see also Baltic States report mn 58.

of citizens of Latvia in another state is recognized except for conflicts with Latvian law regarding the grounds on which it is based or regarding social or moral standard of Latvia.⁹⁹ In ESTONIA, a foreign registered partnership is 'valid in Estonia in accordance with the provisions of the Private International Law Act'.¹⁰⁰

3. Courts as the Motors of Implementation

39. As national rules do not suffice to implement the CJEU/ECtHR obligations, courts play a pivotal role to overcome such barriers. Thus, free movement, human rights arguments, the ECtHR case law and public policy reasoning are used in some States to simply accept a foreign status although it could not be recognized by the available standard legal methods (e.g. no procedural recognition due to the lack of a court decision and no recognition by PIL rules as the law applicable does not lead to the establishment of the status). Most often, reference is simply made to (a) particular CJEU judgment(s). For example, in BULGARIA and LITHUANIA, same-sex marriages are recognized (for the purposes of free movement/residence) by reference to the Coman decision of the CJEU.¹⁰¹

40. As an example, one may point to AUSTRIA: Two decisions by the Constitutional Court resulted in the recognition of the parentage of Austrian parents to children born by a surrogate mother in the US and in the Ukraine respectively.¹⁰² While the Constitutional Court mainly based its decision on a human rights reasoning arguing that public policy could not prevent recognition, it is silent regarding the method of recognition, and only later decisions of lower instance civil courts suggest that the parentage as stipulated in the birth certificate is recognized by (extended) procedural recognition.¹⁰³

41. In general, policy issues and human rights arguments seem to have some effect on the outcome of a status recognition, especially in jurisdictions where courts are not strictly bound by inflexible law. In BELGIUM, in general, courts enjoy some flexibility to overcome the outcome of a case by a general assessment of the case and the interests and rights involved by the court's discretion as such.¹⁰⁴ Similarly, SWEDISH courts seem to have some discretion to also consider the consequences of their decision from a policy-oriented point of view.¹⁰⁵ An important question is the recognition of parenthood in case of surrogacy – very often the crucial issue is whether the recognition/acceptance of the parentage of the intended parents violates public policy. Scrutinizing the public policy exception usually gives wide discretion to national courts. An increasing number of Member States agree that (usually) the best interest of the child (and/or the right to family life of the child) outweighs national rules that pro-

⁹⁹ Article 12 Introduction to Latvian Civil Law, see Baltic States report mn 23.

¹⁰⁰ Baltic States report mn 13.

¹⁰¹ Bulgaria: see Administrative court Sofia-city, 29 August 2018; Supreme Administrative Court, 24 July 2019, n°11558/2018. Lithuania: KT 11 January 2019, ruling n° KT3-N1/2019, case n°16/2016, see Baltic States report mn 12.

¹⁰² VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine).

¹⁰³ See Austrian report mn 54, 55.

¹⁰⁴ See for example: Court of first instance Brussels, 13 May 2014, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 3, 2017, pp. 87, 89-90 and Court of Appeal Ghent, 20 April 2017, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 3, 2017, pp. 71, 84-86.

¹⁰⁵ See Kammarrätten i Stockholm mål nr 862-14, KamR 862-142014-11-06, 2014-01-16. The Irish citizens and residents wanted to enter a same-sex marriage in Sweden. The court found that although this is an evasion of Irish law, the interest of the Irish men to marry had greater significance and hence, there were special reasons (särskilda skäl) to apply the Swedish law. It must be noted that Ireland at the moment had a possibility to enter into a registered same-sex partnership and the court relied on the presumption that the same-sex marriage in Sweden would have been recognized as such, rather than be completely denied recognition. However, two Polish nationals on holiday in Sweden and without any connection to Sweden would not be allowed to enter into same-sex marriage because that marriage would not be recognized in the state of their habitual residence and nationality. For instance, see M. JÄNTERÄ-JAREBORG, "The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages", in P. LINDSKOUG, U. MAUNSBACH, G. MILLQVIST (ed.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, p. 156; M. BOGDAN and U. MAUNSBACH, "Sweden", in *Cross-Border Litigation in Europe, Studies in Private International Law* (eds. BEAUMONT, DANOV, TRIMMINGS and YÜKSEL), London, Hart Publishing, 2017, p. 461.

hibit surrogacy,¹⁰⁶ but not all.¹⁰⁷ A compromise has been found in FRANCE: Due to the case law of the ECtHR, the Court of Cassation now allows the registration of the biological intended fatherhood based on Article 47 Code Civil.¹⁰⁸ As this rule grants probative force only and does not result in a recognition of the status per se, parentage may (theoretically) still be challenged legally, but without any prospect of success given that only the biological parentage is accepted this way.¹⁰⁹

4. Second Interim Conclusions

42.

1. Some legal systems provide explicit rules that can neither be classified as procedural recognition nor as recognition by PIL rules. Such rules simply accept a status established abroad without further requirements (or limited to a public policy control). Especially in questions of name law these rules were introduced as a reaction to the respective CJEU decisions.
2. Courts developed similar techniques to comply with EU law or ECHR obligations. Often the method employed is uncertain as courts struggle to overcome existing rules and primarily base their decisions on human rights arguments or references to CJEU case law without explaining their methodological approach.
3. Especially in cases of filiation after surrogacy, courts tend to argue in a result-oriented way in order to come to a decision that balances the best interest of the child and policy goals of the lex fori.

IV. Registration as an Alternative To Recognition?

1. General Remarks

43. Even though a registration or transcription does not lead to the recognition of the corresponding status (IV.3), it can enhance the free movement of citizens and de facto lead to a result similar to recognition as long as nobody challenges the registration (IV.2). Therefore, some States require certain conditions to be met or establish a public policy control for the mere registration/transcription (IV.4).

44. In this context, the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents did not attract a lot of attention. In ESTONIA, BELGIUM, BULGARIA, CZECH REPUBLIC, POLAND,

¹⁰⁶ Germany: BGH 10 December 2014, XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 35, No. 3, 2015, p. 261, German report mn. 12; Austria: VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine); Belgium: Court of first instance Brussels 13 May 2014, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 3, 2017, pp. 87, 89-90; Court of Appeal Ghent 20 April 2017, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 3, 2017, pp. 71, 84-85 and Court of Appeal Brussels 10 August 2018, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 4, 2018, pp. 15-21, report mn 19, 29; Czech Republic: Constitutional Court, I. ÚS 3226/16 and District Court in Prostějov, 0 Nc 4714/2015 – 85; France: report mn 58.

¹⁰⁷ Spain: Decision of the Supreme Court, 6 February 2014, report mn 10 et seq; Sweden: HD PT mål nr Ö 2680/18, HD PT mål nr Ö 3462/18 (both cases are based on the same facts, one concerns the refusal to recognize the court decision from the USA, and another the adoption of the child in Sweden; at the time the first version of the Swedish report was finished in 2020, the cases were pending at the Supreme Court). The issue is still unsettled in Hungarian law, but see First instance court, Fővárosi törvényszék 3. K.34.141/2011/7; Metropolitan Regional Court Fővárosi Ítéletábla 2.Kf.27.291/2012/8 (also referring to the best interest of the child and his human rights), cf. Z. NAVRATYL, „Az anyaság útvesztői A dajkaanyaság és béranyaság rejtelmei a jogi szabályozásban, különös tekintettel az Egyesült Államokra”, in *Iustum Aequum Salutare*, 2010, pp. 189, 210-211.

¹⁰⁸ See Ass. plén., 3 July 2015, n° 14-21.323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619. See Question (137), in M. CRESP (coord.), J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), S. SANA, *Droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2018, *op. cit.* See also Civ. 1^{re}, 5 July 2017, n° 16-16901 and n°16-50025 ECLI:FR:CCASS:2017:C100825 (the use of surrogacy in a foreign country does not imply the refusal of transcript of the foreign birth certificate which complies with the reality, *i.e.* biological fatherhood, under article 47 of the French Civil Code); Ass. plén., 5 October 2018, n° 12-30.138.

¹⁰⁹ For details see report mn 58.

FRANCE, and the NETHERLANDS no implementing rules have been issued.¹¹⁰ In AUSTRIA, HUNGARY, LITHUANIA, LATVIA, THE NETHERLANDS, SWEDEN, CROATIA, and GERMANY small legislative amendments are in preparation or have already been enacted.¹¹¹ Literature is also scarce and mainly descriptive.¹¹²

2. Link between Registration and Recognition

45. Despite their separate and distinct legal nature, very often, the question of status recognition comes up in the context of the registration of the foreign status.¹¹³ On the one hand, a status documented in a foreign certificate may not even be registered if a recognition of said status is impossible.¹¹⁴ On the other hand, the registration of a foreign status (or even a foreign certificate as such¹¹⁵) may create a presumption of validity, i.e. the registered status is treated as a matter of proof of its content – with the consequence that the status is regarded as if it were recognized as long as nobody contests it.¹¹⁶ If the latter is the case, the status has to be “recognized” by the corresponding rules.¹¹⁷ In the BALTIC STATES, in practice, the civil registrar does not check whether a foreign authority issuing the document had competence or applied the proper law (i.e. no application of PIL reference rules)¹¹⁸ – so basically, it seems as if recognition and in particular its preconditions can be bypassed in a way.

¹¹⁰ Belgium: The ‘Flemish Association of Civil Servants and Officers of the Births, Marriages and Deaths Registration Office’ Vlaamse Vereniging van Ambtenaren en Beambten Burgerlijke Stand (‘Vlavabbs’) (www.vlavabbs.be) organized a brainstorm session about the implementation of the Regulation in November 2016 with low attendance rate, see report mn 14; France: report mn 50; Netherlands (only nomination of the authority): report mn 10; Poland: report mn 15.

¹¹¹ Austria: report mn 75; Croatia: Decision on the nomination of three central authorities, see report mn. 4; Germany: Gesetz zur Förderung der Freizügigkeit von EU-Bürgerinnen und -Bürger sowie zur Neuregelung verschiedener Aspekte des Internationalen Adoptionsrechts v. 31 January 2019, BGBl. I, 54; Latvia: Dokumentu legalizācijas likums, Law of 22 March 2007, „Latvijas Vēstnesis“, <https://www.vestnesis.lv/ta/id/155411-dokumentu-legalizācijas-likums56> (3632); Lithuania: LR Vyriausybė 29.06.2018, Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimo „Dėl institucijų, atsakingų už Europos parlamento ir tarybos reglamente (ES) Nr. 2016/1191 nustatytų funkcijų vykdymą, paskyrimo“ projektas, available at <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAP/28ac-2c607b5c11e89188e16a6495e98c?positionInSearchResults=2&searchModelUUID=4558449a-adf6-4d9a-980e-db2c5f73b4e1>.

¹¹² E.g. Austria: W. RECHBERGER, Die Europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege? in: RECHBERGER, *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein – 21. Europäische Notarentage 2009*, Wien, Manz-Verlag, 2010, p. 5; mostly descriptive: e.g. REITHOFER, “EU-Urkundenverordnung – Neuerungen im Personenstandswesen“, in *ÖStA 2016*, p. 155; M. NADEMLEINSKY/M. NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, Wien, Facultas, 2017, p. 38; Czech Republic: K. HOLUBOVÁ, V. STEININGER, *Konec apostil u veřejných listin o osobním stavu aneb soumrak apostilování v EU?*, published online on epravo.cz (accessed in February 2019, here: <https://www.epravo.cz/top/clanky/konec-apostil-u-verejnych-listin-o-osobnim-stavu-aneb-soumrak-apostilovani-v-eu-108239.html?mail>), 17 October 2018 (End of apostille on public documents proving personal status – the down of apostilling in the EU?); France: Bonifay, *JDI 2017*, n° 2 ; Sweden: M. BOGDAN, „Svensk och EU-domstolens rättspraxis i internationell privat- och processrätt 2013-2014“, in *SVJT*, 2015, pp. 573-623

¹¹³ See, for example, Sweden (report mn 17); France (report mn 15 et seq) on conflict of authorities and the (additional) reference to connecting factors; Netherlands (report mn 41 et seq); Spain report mn 10 et seq (Decision of the Supreme Court, 6 February 2014).

¹¹⁴ For example, in the Czech Republic, see also the Decision of Regional Court in Brno: 29 A 122/2015 – 34, §24; A. BELOHLAVEK, „Uzavírání sňatků v zahraničí“, in *Právní rádce*, 2006, no. 7 (Enclosing marriages abroad). Similarly, in Spain registration seems to entail the application of PIL rules in the special case of the registration of a marriage, see report mn 31 (legal flashback system), however, in the Supreme Court decision from 6 February 2014 (which addressed status registration rather than status recognition) substantive control was limited to a public policy control, see report mn 16.

¹¹⁵ See, for example, the Netherlands where a marriage is presumed to be valid if a marriage certificate has been issued by a competent authority (see Article 10:31 (4) DCC), report mn 23). Cf also Poland: Supreme Court, 20 November 2012, III CZP 58/12, OSNC, No. 5, item 55, report mn 17, regarding the certificate as ‘proof of an event’ which can be contested at court; see also §12(1) Czech PIL Act: „foreign public documents, issued by foreign courts and public bodies, when stamped and verified in accordance with applicable requirements, are having the proving strength of a legal situation as much as Czech public documents are”.

¹¹⁶ For instance, for France (‘probative force’ of (authenticated) foreign public documents on civil status according to Article 47 C.Civ) : Civ. 1^{re}, 12 January 1994 ; Civ. 2^e, 12 February 2015, n° 13-19751, for details see report mn 21; in Sweden, once a status, i.e. married status, is registered in the Swedish population registry, the marriage is considered as ‘existing’ (with all consequences, e.g. prohibition to marry twice), but its validity may be disproved, see report mn 17 et seq.

¹¹⁷ For instance, on parentage in France: Civ. 1^{re}, 20 November 1979, n° 77-13297, for details see report mn 22.

¹¹⁸ Baltic States report mn 40, 43.

46. As the issue of registration normally concerns foreign status which is not created by a judgment (or equivalent) the link is particularly evident regarding recognition by application of PIL rules or simple acceptance. Often even the competent authorities coincide in these situations, i.e. the registering office is also competent as regards the recognition of the foreign status.¹¹⁹

3. Registration as a Separate Legal Act

47. Many legal systems allow an easy transcription or “recognition” of (the authenticity of) a foreign certificate or other state record insofar as they can be used as national status registrations/certificates or form the basis for a national one;¹²⁰ often such transcriptions serve evidentiary purposes. Such a transcription or registration of a foreign status (generally) does not entail the recognition of the documented status but is limited to the registration of the status embodied by the foreign legalised/apostilled¹²¹ public document.¹²² It is usually of a mere administrative nature and the applied substantive domestic laws (for status registration and recognition) differ. For example, BELGIAN authorities may accept, first, the mere existence of a foreign document (authentic instrument or judgment) (‘factual effect’) or, second, the formal authenticity of the foreign document (if certain requirements are met, the document may serve as external or internal evidence) or, third, fully recognize the foreign status (by application of the criteria stipulated in Article 22 (judgments) or Article 27 (authentic instrument) of the Belgian PIL Code.¹²³ However, as regards the BALTIC STATES, transcription/registration of a foreign status seems to result in its de facto recognition as (additional) PIL rules are not applied by the authorities in these cases.¹²⁴ Hence, the document proving the foreign status is crucial and often its contents are transcribed without examination in LITHUANIA and ESTONIA.¹²⁵

48. Sometimes a domestic registration (i.e. the transcription of a foreign certificate) is legally required if a national is concerned;¹²⁶ sometimes it is a mere option which is open to the persons concerned¹²⁷.

¹¹⁹ Czech Republic: competence of the Special Civil Registry regarding registration of a foreign status, see in particular the Decision of Regional Court in Brno: 29 A 122/2015 – 34.

¹²⁰ Croatia: M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Belgrade, Nomos, 1991, p. 116, see report mn 18; Poland: Article 104 Law on Civil Status Registry (see also report mn 12 and 25 et seq.); Spain: Articles 60, 61 Law for International Cooperation, Article 23 Law on Civil Registry and Article 85 Regulation on Civil Registry, see report mn 16; Czech Republic: Act on Civil Register, Name and Surname no. 380/2008 Coll); France: see report mn 21.

¹²¹ Croatia: Article 3 of the Act on Legalization of Documents in International Transactions, *Narodne novine* (Official Gazette), no. 53/1991; France (legalisation is sufficient in practice, although legally the local foreign form requirements have to be respected to give “full faith” to the document), see report mn 23 with reference to Civ. 1^{er}, 13 avril 2016, n° 15-50018. Other form requirements are scarce: Croatia provides the possibility for Croatian authorities to clarify whether the foreign authority acted within her competence, but there is no rule what the consequences of a violation are (see Article 4/1 of the Act on Legalization of Documents in International Transactions), report mn 25; Poland: legalized or compliance with the Hague Convention of 5 October 1961, report mn 41; Hungary: report mn 50. Estonia and Latvia: Baltic States report mn 40. The EU Regulation 2016/1191 on the Circulation of Public Documents can overcome such a formal requirement for documents issued in Member States.

¹²² See Croatian report mn 25, French report mn 19, Polish report mn 17, 18; Spanish report mn 29 et seq.; Swedish report mn 17 et seq.

¹²³ See report mn 30 et seq.

¹²⁴ Baltic States report mn 43.

¹²⁵ Baltic States report mn 61.

¹²⁶ E.g. in Croatia, a status acquired abroad has to be entered into the Croatian State records if the person concerned is Croatian, see Croatian report mn 26; Italy (report mn 59); Bulgaria (Articles 71-72 Bulgarian Civil Registration Act), Hungary (report mn 46); Belgium (report mn 53 – of 1 January 2019 onwards Belgian civil servants will be obliged to register foreign judgments and authentic instruments establishing a (change in) personal status of Belgian citizens in the Database of Person Status Records; the same applies if a Belgian judge has declared a foreign document recognizable); Poland: a Polish passport requires the transcription of a foreign birth/marriage certificate (report mn 18 et seq, 38, see also Article 104 (5) Law on Civil Status Registry).

¹²⁷ France (report mn 20; “may ask for registration”).

49. In most cases, the content is transcribed without any modifications. However, in SPAIN, legal status that are unknown to Spanish law may be adapted (challengable by the party concerned).¹²⁸ In the CZECH REPUBLIC, following the recognition of parentage of two male same-sex fathers due to a surrogacy agreement, the birth registry entry of their child names one of them as father and declares in a footnote that the child has two fathers and names both of them, as the field for “mother” could not be used.¹²⁹ In GERMANY there is the possibility to attach a “note” (Hinweis) to the registration stating that a certain status only exists under foreign law.¹³⁰ In POLAND, foreign names may be subject to a different spelling, if they are, in particular, the names of Polish citizens.¹³¹

4. Control of the Underlying Status

50. Furthermore, public policy issues may prevent the registration of a foreign certificate. For example, in POLAND, even a transcription may be refused due to Article 107 Law on Civil Status Registry (e.g. registered partnership certificates, same-sex marriage certificates).¹³² A recent more liberal approach¹³³, which required the registration of the birth certificate of children of same-sex parents in Poland just for the purpose to allow them to attain the Polish nationality, seems to have been overruled. Instead the foreign document should be given evidential value so that a Polish identity document can be issued however without registering a child whose parents are in a same-sex marriage as this would create an unwanted corresponding Polish marriage certificate.¹³⁴ In contrast, the Regional Administrative Court reasoned in a recent case from 2019 that Article 18 of the Constitution did not prevent the transcription of a foreign marriage certificate if marriage as a same-sex union is envisaged in the state of origin.¹³⁵ The case was pending at the Supreme Administrative Court when the national report was concluded in 2020. In SPAIN, the ‘legal requirements of validity’ must be fulfilled for the (mere) registration of a marriage.¹³⁶ While such a legality control was also necessary for the registration of a status in other areas according to Article 23 Regulation of the Civil Register, now the Supreme Court seems to have introduced a shift and limits the control to the public policy exception.¹³⁷ In a surrogacy case regarding the registration of two babies born to a surrogate mother in California and a Spanish same-sex couple the Supreme Court applies the requirements for (extended) procedural recognition rather than the PIL rules as there was already a decision by a Californian administrative authority which registered the birth of the children.¹³⁸ Nevertheless, this control can only lead to the registration of the status, not its recognition for the Spanish system.¹³⁹ In this particular case, registration was denied due to public policy reasons. Similarly, in the CZECH REPUBLIC, the Special Civil Registry may reject registration due to an incompliance with the Czech legal order¹⁴⁰ or if a

¹²⁸ Spain (report mn 43), see Article 61 Law for International Civil Cooperation.

¹²⁹ This information about current practices was provided by the Czech Republic report. Unfortunately, the author decided not to publish the report.

¹³⁰ Kammergericht, 4 July 2017 – 1 W 153/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 2017, pp. 1693-1698, 1696 *et seq.*; see S. Gössl, “Materiellprivatrechtliche Angleichung der personenstandsrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 35, No. 3, 2015, pp. 273-277, 276.

¹³¹ See report mn 34 *et seq.*

¹³² See report mn 14, 25 *et seq.*

¹³³ Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16, and of 30 October 2018, ref. no. II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, IIOSK 1870/16, II OSK 1871/16, see report mn 19, 20. The argument for transcription/registration is as follows: registration is obligatory to receive Polish citizenship. The registration of the child does not entail the recognition of the parentage or of the relationship status of the parents.

¹³⁴ Resolution of the Supreme Administrative Court, 2 December 2019, ref. no. II OPS 1719, see report mn 23.

¹³⁵ Regional Administrative Court in Warsaw ref. no. IV SA/Wa 2618/18, see report mn 28.

¹³⁶ Article 65 Código Civil Law of the Spanish Registry in conjunction with Article 256 Real Decreto de 24 July 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, n. 206, 25 July 1889 (Regulation of the Civil Register), see report mn 31.

¹³⁷ Spanish report mn 10 *et seq.*

¹³⁸ Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, N. 247/2014, CENDOJ 28079119912014100001 (the court explicitly calls the legal technique that is applied “recognition”). See report mn 10 *et seq.*

¹³⁹ See Spanish report mn 11 and 16.

¹⁴⁰ § 87 Act on Civil Registry. See also Regional Court in Brno 29 A 122/2015-34.

name does not comply with the grammatical requirements of the Czech language. Also, in LITHUANIA and LATVIA public policy was/is referred to in case of a refusal of a transcription of names as the spelling as a very cultural-sensitive issue might violate national public policy.¹⁴¹

51. In LITHUANIA and LATVIA, the transcription of names into the domestic civil registry/ID document or certificate is a rather sensitive issue. In essence, not the name itself but rather its spelling causes problems. Early on, the registration (recognition) of names acquired abroad was often refused due to public policy reasons in LITHUANIA as Lithuanian spelling was considered to be of Constitutional value.¹⁴² However, more recently, the authorities in LITHUANIA tend to allow the issuance of a (Lithuanian) birth or marriage certificate in accordance with the foreign one now (and do not apply the rule on public policy any more¹⁴³); they refer to CJEU, ECtHR case law and the Raihman decision of the UN Human Rights Committee,¹⁴⁴ thus giving more consideration to the legitimate expectations of the parties. In contrast, LATVIAN authorities (still) refuse to spell the names in Latvian birth or marriage certificates in the original (foreign) form.¹⁴⁵ Latvian courts do not see a disproportionate impediment for EU citizens to bear a “latvianized” name in Latvian documents, as the Latvian passport contains both forms of the name and the spelling/use of Latvian language is regarded as highly important.¹⁴⁶

5. Third Interim Conclusions

52.

1. The registration or the transcription of a status in the national registry can be crucial for the parties to exercise their rights. Some States therefore apply special proceedings to the registration of a status established abroad which do not necessarily lead to a recognition of the underlying status.
2. Some Member States require additional conditions to be met before the registration of a status, especially a public policy control or a limited control of the merits of the underlying status.
3. Sometimes an unknown status can cause problems in so far as the registry does not provide a corresponding field (e.g. for co-mother/co-father) or spelling is different for certain names. Some registries already address these issues by allowing more flexibility, e.g. to adapt the statutes or to attach information in an international context.

1. Public Policy and Similar Substantive Obstacles to Recognition

53. All States refer to their *ordre public/public policy* to prevent the recognition of a foreign status/legal situation that conflicts with essential principles of domestic law.¹⁴⁷ In some States there are

¹⁴¹ See Baltic States report mn 6 (for Lithuania). In contrast, Estonian authorities allow the spelling of a foreign name in accordance with the nationality of a person as stated in a birth certificate even if the person is also an Estonian national without problems, see Baltic States report mn 11, 21, see also *infra* at V. 1. C).

¹⁴² See Baltic States report mn 7, 33, in particular KT 21 October 1999, Case n°14/98.

¹⁴³ See, in particular, KT 27 February 2014, Case n°14/98 (change in attitude towards foreign names), Baltic States report mn 9, 33.

¹⁴⁴ Baltic States report mn 10, 19 and 33.

¹⁴⁵ See Judgment of the Supreme Court of Latvia of 1 November 2017, No A420398814, available at: <https://manas.tiesas.lv/eTiesasMvc/lv/nolemumi>; judgment of the Administrative Regional Court of Riga of 4 March 2014, No. A420383312; judgment of the Administrative District Court in Riga of 19 July 2013, No. A420383312; judgment of the Supreme Court of Latvia of 9 July 2012, No A420598410. See also Judgment of the Administrative Regional Court in Riga of 26 April 2016, No A420579912, despite the UN Human Rights Committee decision 28 October 2010, Raihman v. Latvia, No 1621/2007. For further details, see Baltic States report mn 8.

¹⁴⁶ See Latvian Constitutional Court, 21 December 2001, No. 2001-04-0103, see Baltic States report mn 34

¹⁴⁷ E.g. Belgium: Article 27 and 21 Belgian PIL Code; Croatia: Article 71 PILA; Italy: Articles 64 and 65 PIL; Latvia: Article 637 (2) N. 6 of the Civil Procedure Law of Latvia; Germany: Article 6 EGBGB; Czech Republic: Decision of the Regional

also specific rules regarding the ‘non-recognition’ of a certain foreign status in place. In the context of an *ordre public* test, courts often have to resolve the tension between a legally unknown or unwanted legal institution/status and human rights requirements, such as the right to private and family life, as well as the best interest of the child in filiation cases. In a very similar way, human rights (and fundamental freedoms) are also used to achieve recognition despite national rules which dictate non-recognition (e.g. no recognition by PIL rules).¹⁴⁸

54. In case of unknown legal status/phenomena, the Member States either reject recognition¹⁴⁹ or transform the foreign status in accordance with the domestic law (see V.2).

A) Same-sex Marriages and Establishments of Registered Partnerships

55. Especially same-sex marriages/civil unions are very public policy-sensitive in Member States which do not know this concept. In POLAND, for example, a constitutional provision (Article 18) prohibits same-sex marriages, and this rule is also referred to in order to refuse the recognition of foreign same-sex marriages.¹⁵⁰ No information about such a relation is entered into the Polish Civil Status registry and same-sex spouses or registered partners are treated as being in an informal relationship.¹⁵¹ References to ECtHR case law (i.e. *Schalk and Kopf v Austria*) are made. Not even the name of a (same-sex) partner could be recognized in Poland as this would create a presumption that same-sex partnerships were allowed in Poland;¹⁵² however it might be recognized due to its constant use abroad (and not because it is the surname acquired by same-sex marriage or partnership)¹⁵³. Only very recently, the Regional Administrative Court in Warsaw issued a somewhat dissenting opinion by stating that Article 18 of the Constitution does not constitute an obstacle to the transcription of a foreign marriage certificate, if such an institution is envisaged by the foreign substantive law concerned.¹⁵⁴ Also the courts in the CZECH REPUBLIC, and HUNGARY decline recognition of same-sex marriages.¹⁵⁵

56. Following the *Coman* decision of the CJEU, some States have (slightly) altered their approach: In LITHUANIA, it was declared unconstitutional to deny a residence permit to the partner in a same-sex marriage.¹⁵⁶ A similar development seems to have taken place in BULGARIA.¹⁵⁷ For the purpose of free movement, the right of entry for all persons in a registered partnership with a Polish national (irrespective their sex) had already been accepted in POLAND before the *Coman* judgment.¹⁵⁸

57. In ESTONIA, instead of a strict rejection of same-sex marriage as an institution contrary to public policy, Estonian courts seem to warm up to the idea of recognising foreign same-sex marriages in a step-by-step-approach: A residence permit has to be issued to a same-sex spouse according to a Supre-

Court in Brno: 29 A 122/2015 – 34, §24; Netherlands: Article 10:59 DCC (re divorce), Article 10:32 DCC (re marriages), Article 10:101(2) DCC (re filiation); France: report mn 11, but there is a ‘limited’ effect of public policy based on the *Rivière* Case to ensure the effectiveness of legal situations created abroad although they could not have been created in France.

¹⁴⁸ See already *supra* at III. 3.

¹⁴⁹ E.g. the Austrian Supreme Court (OGH) did not recognize rights stemming from a cohabitation under Israeli law as that concept was not known in Austria (see OGH 25 March 2014, 10 Obs 16/14x), for details see report mn 23.

¹⁵⁰ See report mn 9, 25. A similar rule exists in Latvia (Article 110 Constitution), see Baltic States report mn 12.

¹⁵¹ See report mn 25.

¹⁵² See report mn 7, 25 *et seq.*, 39.

¹⁵³ See report mn 7.

¹⁵⁴ Regional Administrative Court in Warsaw, ref. no. IV SA/Wa 2618/18, see report mn 28.

¹⁵⁵ Czech Republic: Regional Court in its decision 29 A 122/2015 – 34 interpreted that the provisions of §42-43 of Act on Civil Registry in conjunction with provisions of §47-49 Act on Private International Law should be read as stipulating that a marriage can only be a relation between a man and a woman. Hungary: see report mn 28.

¹⁵⁶ KT 11 January 2019, ruling n° KT3-N1/2019, case n°16/2016; see Baltic States report mn 12, 22.

¹⁵⁷ See Supreme Administrative Court, 24 July 2019, n°11558/2018.

¹⁵⁸ See report mn 29. See also the guidelines issued by the Border Guard Commander-in-Chief in 2013; Article 3(2) of the free movement Directive shall be applied directly.

me Court decision of 2019 and the Estonian Supreme Court declared already 2017 that same-sex spouses enjoy the constitutionally protected right to family life.¹⁵⁹ Furthermore, the Circuit Court of Tallinn already required the competent authorities to enter a same-sex marriage into the population register.¹⁶⁰

58. A registered partnership can be recognized in the NETHERLANDS only if it was registered by a competent authority at the place of registration and the partnership is of a sort that it excludes the existence of a marriage or another legally regulated form of cohabitation with a third person, and creates duties (obligations) between the partners that in essence correspond with the marital duties of spouses that the law connects to a marriage.¹⁶¹

59. Irrespective the issue of same-sex marriages, several Member States require foreign marriages to fulfil further substantive requirements for recognition often phrased as prohibitions, such as a prohibition of polygamy¹⁶², incestuous marriage¹⁶³, child marriage¹⁶⁴, incapacity or forced marriages.¹⁶⁵ Proxy marriages are not recognized in Sweden and Austria¹⁶⁶, unless the parties are foreign nationals only and did (at the time of the marriage) not have their habitual residence in Sweden and their marriage is legally valid in the country of celebration.¹⁶⁷

60. In general, it can be noticed that the case law of the CJEU has nudged courts to a more open approach regarding the recognition of same-sex marriage or at least the recognition of some of their aspects.

B) Filiation Including Surrogacy and Adoption

61. Another public policy sensitive issue is filiation, in particular by surrogacy. States have to balance their public policy goals to prohibit surrogacy and the international obligation to protect the child in question. While some States in the best interest of the child recognize a parenthood established abroad, other States use public policy to avoid a full status recognition. In POLAND, in 2015 the Supreme Administrative Court refused to recognize an American judgment regarding a child born by

¹⁵⁹ Supreme Court decision of 21 June 2019, no. 5-18-5 (<https://www.riigikohus.ee/et/lahendid/?asjaNr=5-18-5/17> [in Estonian]), see also Baltic States report mn 30; Decision of the Supreme Court of Estonia 3-3-1-19-17 (an overview of the decision in English is available at: <https://www.riigikohus.ee/en/news-archive/same-sex-couples-also-have-right-protection-family-life>) see report mn 15.

¹⁶⁰ See V. VOGLAID, “Judicial Activism in Distortion of the Concept of Marriage. Comment to the Tallinn Circuit Court Ruling from 24 November 2016 on the Case *Ats Joorits vs Harju County Government (3-15-2355)*”, in *Juridica*, Vol. 1, 2018, pp. 67 - 77, for details see Baltic States report mn 15, 25.

¹⁶¹ Article 10:61 para. 5 Dutch Civil Code, see report mn 38.

¹⁶² Netherlands (Article 10:32 DCC); Italy, report mn 23.

¹⁶³ Italy, report mn 23.

¹⁶⁴ Sweden: Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, with recent changes made in 2018, SFS 2018:1973. An investigation to allow a similar non-recognition for polygamous marriages is ongoing: Kommittédirektiv Strängare regler om utländska månggiften, Dir. 2018:68, see also report mn 1. Germany: BGH, 14 November 2018, XII ZB 292/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 66, 2019, p. 181; S. GÖSSL, “Ist das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen verfassungswidrig?”, in *Bonner Rechtsjournal*, Vol. 12, No. 1, 2019, pp. 6-11. Italy: report mn 23).

¹⁶⁵ Netherlands (Article 10:32 DCC); similarly, Lithuania (Articles 3.12- 3.17 LCC; report mn 38); Czech Republic (§ 87 Act on Civil Registry).

¹⁶⁶ See for example, for Austria (report mn 57), BVwG 30 May 2018, W165 2178103-1/3E (Syrian marriage; groom was not present); BVwG 29 May 2018, W212 2184938-1/5E (Syrian marriage, groom was not present); contrary to the findings of the court, academic literature distinguishes between two situations: (i) marriages where a third party merely acts as proxy for the groom/bride (*Handschuhehe*) should not trigger the public policy clause (see B. VERSCHRAEGEN, in: P. RUMMEL, *ABGB*, Wien, Manz-Verlag, 2004, § 16 n. 4; F. SCHWIND, *Internationales Privatrecht*, Wien, Manz, 1990, p. 118 et seq; M. NADEMLEINSKY/M. NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, Wien, Facultas, 2017, p. 49); (ii) if a representative is conferred the power to decide on the marriage, however, the public policy clause can be invoked (see B. VERSCHRAEGEN, in P. RUMMEL, *ABGB*, Wien, Manz-Verlag, 2004, § 16 n. 4; M. NADEMLEINSKY/M. NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, Wien, Facultas, 2017, p. 42).

¹⁶⁷ In contrast, such a marriage can be recognized in Belgium, cf. Family Court Brussels, 7 March 2017, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 2, 2017, pp. 64, 67 or Family Court Brussels, 6 December 2016, *Tijdschrift@ipr.be*, No. 1, 2017, pp. 80-82 (but denied for reasons of fraud), see also report mn 27.

a surrogate mother and the parentage of a same-sex couple. It argued that fundamental principles were violated, and that the child cannot be the subject of a civil contract and be deprived of its biological identity.¹⁶⁸ However, in October 2018, the Supreme Administrative Court allowed the acquisition of Polish nationality by children born by a surrogate mother to a Polish citizen as the right to citizenship is a human right.¹⁶⁹

62. Interestingly, also in SPAIN, the Supreme Court did not recognize the parentage of the two Spanish men due to reasons of public policy (balancing against the best interests of the child; dignity of the surrogate mother).¹⁷⁰ However, the decision was criticized as public policy was allegedly applied in an abstract way while it was supposed to be applied with particular reference to the case at hand.¹⁷¹ In view of the ECtHR judgment in *Paradiso and Campanelli*, the ITALIAN Supreme Court only recently found the recognition of a foreign status related to surrogacy to be contrary to public policy;¹⁷² families ties could be preserved by adoption “in special cases”.¹⁷³ However, in April 2021 a draft law regarding surrogacy and its legal consequences has been submitted to be discussed in Parliament.¹⁷⁴

63. The NETHERLANDS consider filiation as incompatible with public policy if the child already has two legal parents. Furthermore, the recognition of foreign adoptions has been temporarily suspended due to pending legislation since 8 February 2021 as a report showed several cases of abuse.¹⁷⁵

64. Similarly sensitive of that matter, § 63 (1) CZECH Act on PIL stipulates that a foreign court order on adoption can be recognized only if the adoption is possible according to Czech substantive law. In (at least) one case, however, this requirement was set aside as the Czech substantive rule in question (i.e. no adoption for registered partners) was already under scrutiny for unconstitutionality.¹⁷⁶ The Czech adoption rule was considered not to be part of the Czech public order and that the best interest of the child, which is part of the public order, required a recognition. Similarly, in a case regarding the recognition of a foreign surrogacy decision, public policy arguments were put forward to reject recognition but equally dismissed due to the overruling best interest of the child and the continuation of an existing family life.¹⁷⁷

C) Names

65. As already mentioned in the context of registration (see IV.4 supra), the transcription of names is a very sensitive issue in LITHUANIA and LATVIA that frequently raises public policy questions. Similarly, in BULGARIA, a US-court decision regarding the change of the middle and last name of a Bulgarian national to the name(s) of her mother’s new husband was not recognized due to public policy reasons as these names did not indicate the father of the child (as is usual in Bulgaria).¹⁷⁸ The CZECH law has special rules regarding the rejection of recognition if a name does not comply with certain grammatical requirements.¹⁷⁹

¹⁶⁸ Supreme Administrative Court of 6 May 2015, ref. no. II OSK 2372/13 and II OSK 2419/13.

¹⁶⁹ Supreme Administrative Court of 30 October 2018, ref. No. II OSK1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 1871/16, report mn 19. See also Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

¹⁷⁰ Tribunal Supremo, 6 February 2014, N. 247/2014, CENDOJ 28079119912014100001 (recognition denied for public policy reasons), see Spanish report mn 10 et seq.

¹⁷¹ Report mn 36 with further reference.

¹⁷² Corte cass. No. 12193/2019, see Italian report mn 8–11.

¹⁷³ Corte cass. No. 12193/2019; Corte Cost. No 230/2020.

¹⁷⁴ See Italian report mn 11.

¹⁷⁵ Rechtbank Den Haag 4 October 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11885, see report mn 13, 35 *et seq.*

¹⁷⁶ See District Court in Prostějov, 0 Nc 4714/2015 – 85.

¹⁷⁷ See Constitutional Court, I. ÚS 3226/16.

¹⁷⁸ Sofia city court, Decision n°2123 from 15 March 2016 (civil case 7844/2012).

¹⁷⁹ § 72 (3) Act on The Civil Registry, The Name And Surname (*o matrikách, jménu a příjmení*)

66. In BELGIUM, with regard to names, a specific problem comes up for Belgium mono-citizens. According to Article 36 Belgian Code of PIL only the Federal Public Service for Justice is competent to change the (sur)name of Belgian nationals. As a consequence, a change in surname validly obtained abroad by a Belgian national will not be recognized in Belgium.¹⁸⁰ If the person concerned wishes to carry the acquired name, he or she has to start proceedings before the Federal Public Service for Justice.¹⁸¹

67. In name law, in accordance with the CJEU decision in the case *Sayn-Wittgenstein*, titles of nobility cannot be recognized for reasons of public policy in GERMANY¹⁸², HUNGARY¹⁸³ and AUSTRIA¹⁸⁴.

D) Divorce/Dissolution of Registered Partnership

68. Article 10:58 Dutch Civil Code requires the acceptance or (at least) tacit consent of the non-dissolving spouse for the recognition of a unilateral divorce that has not been issued under the supervision of a public authority.

69. Article 12 of the Introductory part to the Latvian Civil Law provides that “A dissolution or declaration as annulled of a marriage of citizens of Latvia, done in a foreign state, shall also be recognized in LATVIA, except in a case where the grounds submitted as the basis therefore do not conform to Latvian law and are in conflict with the social or moral standards of Latvia”.

2. Recognition or Rejection, but not quite: Transformation and Renewal of Status

70. As regards the recognition of a foreign status (irrespective the specific) method, its reception – understood as the recognition of a foreign status as it is in foreign law – seems to be the rule, in particular for status elements that are generally known in the legal systems of the Member States (V.2.A). Sometimes, a status acquired abroad is explicitly treated as a domestic status (as regards its effects) once it is fully recognized.¹⁸⁵ In the other cases, though a rejection due to the unknownness of the status is possible, it is scarce. More often, an unknown status is subject to transformation.¹⁸⁶ Some States require the formal establishment of an equivalent status or its renewal (V.2.B).

¹⁸⁰ . Article 36 j° 39 Belgian Code of PIL, see report mn 44.

¹⁸¹ Article 2, §2 Wet 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen, BS 10 juli 1987 (accessible via http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1987051531&table_name=wet). This Article has been replaced by the (new) Article 370/3, §2 Belgian Civil Code of 1 January 2019. (See Article 62 Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, BS 2 juli 2018). According to the new provision, every Belgian person who wants to change their name, e.g. because s/he wishes to carry the surname of his or her spouse married abroad, s/he has to start a proceeding before the Federal Public Service for Justice. See Belgian report mn 44.

¹⁸² German report mn 37; see case CJEU 2 June 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14. BGH, 9 January 2019, XII ZB 188/17, ECLI:DE:BGH:2019:090119BXIIZB188.17.0; 14 November 2018, XII ZB 292/15, ECLI:DE:BGH:2018:141118 BXIIZB292.15.0.

¹⁸³ Hungarian report mn 14; see Hungarian Constitutional Court 1231/E/2007. AB határozat.

¹⁸⁴ Austrian report mn 58, see, for instance, VfGH 27 November 2003, B 557/03.

¹⁸⁵ See, for example, in Belgium (report mn 49 et seq.) and in Sweden (M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages*, in P. LINDSKOUG, U. MAUNSBACH, G. MILLQVIST (ed.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2013, p. 157. This is particularly relevant for the effects as these are determined in the same way as for a ‘Swedish’ status, cf Sweden. See also report mn 32).

¹⁸⁶ In Germany, the *BGH* (German Supreme Court) and a second instance court decided that name compilations unknown under German name law (Danish middle name [see BGH 26 April 2017, XII ZB 177/16, *Das Standesamt*, 2017, p. 270], Bulgarian fathers name [KG 18 January 2018, 1 W 563/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 65, 2018, p. 1000]) still have to be recognized, see report mn 52; Czech Republic: § 49 Act on PIL provides the possibility of transformation or rejection.

A) Transformation as a Compromise

71. The issue of transformation as regards the status itself comes up primarily in the context of same-sex marriages: Some Member States transform same-sex marriages into civil unions or registered partnerships.¹⁸⁷ More recently – probably due to the abolishment of the institute of ‘registered partnership’ in several Member States in favour of a same-sex marriage – some Member States ‘transform’ foreign registered partnerships into same-sex marriages. For example, (today) in SWEDEN¹⁸⁸ and BELGIUM¹⁸⁹, foreign registered partnerships that are equivalent to marriages may be recognized (“upgraded”) as same-sex marriages. An interesting variant can be found in ITALY: Foreign registered partnerships are considered to be ITALIAN civil unions according to Article 32quinquies PIL Act if the same-sex partners are both Italian and are habitually resident in Italy.

72. In contrast, in CROATIA, the Act on Life Partnership between persons of the same sex explicitly provides that same-sex marriages and partnerships between EEA citizens (or an EEA citizen and a third country national) validly concluded in an EEA Member State are treated equally as a heterosexual marriage in the freedom of movement area.¹⁹⁰

73. Another area where transformation plays a role are foreign forms of adoption, such as kafala. Although BELGIAN courts have shown little willingness to convert kafala agreements into adoptions in the past, since the entry into force of the 1996 Hague Convention, foreign kafala arrangements should be recognized in BELGIUM by operation of law.¹⁹¹ In contrast, in FRANCE, foreign situations (status) that are different from adoption (i.e. kafala) may not be considered as French adoption (transposition is not allowed).¹⁹² In some Member States, transformation is used in case of child adoption abroad, when the issue of its effects is raised (simple or full adoption).¹⁹³

A) Variants: Renewal of Status or Establishment of a Similar Alternative Status

74. In some countries, it is possible to acquire a certain status according to the law in the ‘recognizing State’ if a foreign status or its validity for domestic purposes is not given or unclear. In HUNGARY for example, the status of same-sex spouses is not recognized, but they may enter into a new registered partnership in Hungary to formalize their relationship also in Hungary.¹⁹⁴ Evidently, this entails a downgrading of the relationship to a ‘mere’ registered partnership for the purposes of Hungarian law. Similarly, in ESTONIA same-sex spouses may enter into a cohabitation agreement to protect the family life without technically ‘recognizing’ the foreign same-sex marriage.¹⁹⁵

¹⁸⁷ E.g. Croatia: Article 32/2 of the PILA; also, Article 75 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex, but no regulation of the recognition of heterosexual civil unions. Czech Republic: Decision of Regional Court in Brno: 29 A 122/2015 – 34; 8 As 230/2017 – 41 of the Highest Administrative Court; Italy: Article 32bis PIL, see report mn 18 with further references, 24 and 56). A similar transformation was present in Germany (see Article 17b para 4 EGBGB), before German law opened marriage to same-sex couples (see German report mn 53 and also S. GÖSSL/J. VERHELLEN, “Marriages and Other Unions in Private International Law – Separate but Equal?”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 31, No. 2, 2017, p. 174), as well as in Sweden (prior to the introduction of the Swedish same-sex marriage: RÅ 2008 ref 82 (regarding a Canadian marriage), report mn 41); and in Austria (see Austrian report mn 63).

¹⁸⁸ Swedish report mn 41.

¹⁸⁹ Belgian report mn 16, 50.

¹⁹⁰ Article 74 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex.

¹⁹¹ Belgian report mn 52.

¹⁹² Civ. 1^{re}, 15 décembre 2010, n°09-10439, see report mn 34.

¹⁹³ France: Article 370-5 Code Civil, see report mn 34, with further reference to question 155 in M. CRESP (coord.), J. HAUSER, M. HO-DAC (coord.), S. SANA, *Droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 747 et seq; Croatia: Article 43/5 PILA.

¹⁹⁴ Report mn 26, amending proposals (e.g. transformation into a registered relationship at request have been rejected).

¹⁹⁵ See Baltic States report mn 32.

75. In ITALY, the rules on adoption ‘in special cases’ (i.e. Article 44 Law no. 184/1983) may be used to preserve the family link and to protect the best interest of the child if parentage based on surrogacy or a foreign institute, such as the Islamic kafala, cannot be recognized.¹⁹⁶ Similarly, in FRANCE (and ESTONIA¹⁹⁷), the adoption of the child by the intended mother (or co-parent) permissibly circumvents the refusal of French authorities to recognise the parenthood of the intended parent in a surrogacy context.¹⁹⁸ In other words, in both countries, instead of recognizing an existing family link, it can be (re-) created by adoption – an option which is in conformity with the ECtHR case law.

76. In AUSTRIA an existing status relationship can be renewed if such a status exists in Austrian law; hence, same-sex spouses could not re-marry each other in Austria in 2014,¹⁹⁹ but can do so as of 2019.

3. Other reasons to refuse recognition: *Fraus legis and Missing Connection*

77. Several States name the evasion of domestic law or the law designated to be applicable by the domestic law (*fraus legis*)²⁰⁰ as reasons to refuse recognition.²⁰¹ However, this exception is rarely used even if evasion is almost evident, especially in surrogacy cases.²⁰²

78. Similarly, legal systems sometimes require that the case has some kind of connection to the legal system that established the status – either as an explicit requirement²⁰³ or as a part of the evasion of law/*fraus legis* exception (which can be part of the *ordre public*²⁰⁴).²⁰⁵ Among the sufficient ‘links’ reported for Germany were the habitual residence²⁰⁶ at the time of the registration, the nationality of the registering state²⁰⁷, a combination of both,²⁰⁸ place of birth in the country of registration and the fact that a person lived under the name in that State.²⁰⁹ In AUSTRIA, in surrogacy cases a connection to the case was not discussed explicitly, but a connection between the registration/origin of the status and the case can influence the readiness of courts to reconcile differences.²¹⁰

¹⁹⁶ Italian report mn 7 et seq and 15.

¹⁹⁷ Adoption is possible to maintain family relations in case of same-sex parentage, see Baltic States report mn 32.

¹⁹⁸ Cour de Cassation, Civ. 1re, 5 July 2017 n°16-16.455 and n°16-16.901. For details see French report mn 59, 60.

¹⁹⁹ In this regard, the Austrian Constitutional Court refused a request made by same-sex spouses, who had married in the Netherlands, to re-marry in Austria, see VfGH 12 March 2014, B 166/2013 (Austrian report mn 67).

²⁰⁰ For example, Belgium (Article 18 Belgian PIL Code), report mn 8, 18, 33.

²⁰¹ For example, France (see report mn 4 ‘general fraud exception’); Poland regarding foreign marriages and surrogacy (see report mn 44); Lithuania regarding marriages (Article 1.25 Lithuanian Code Civil; report mn 22); possibly Hungary (see arguments in Kúria BH2018. 174 regarding an adult adoption, report mn 60); and Germany, see report mn 43 et seq.

²⁰² Belgium (see report mn 19); Lithuania/Estonia (see report mn 61; limited to surrogacy cases).

²⁰³ For example, in Sweden a personal name acquired in another EU Member State or Switzerland due to a change of civil status is recognized if the person had the habitual residence in, or the nationality of, or another special connection to that state at the relevant time (see section 30 Act on personal names).

²⁰⁴ E.g. Croatia, see report mn 35.

²⁰⁵ For France see 1^{re} Civ., 6 February 1985, Bull., I, n° 55 (report mn 10); for Germany see VGH München 17 September 2014, 5 ZB 13.1366, *Das Standesamt*, 2015, 150 (report mn 42 et seq).

²⁰⁶ BGH 26 April 2017, XII ZB 177/16, *Das Standesamt*, 2017, p. 270.

²⁰⁷ AG Wuppertal 24 September 2015, 110 III 3/15, *BeckRS 2016, 05232, Das Standesamt*, 2016, p. 86; OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 60, 2013, p. 412 (even nationality of the husband sufficient, if husband’s name is chosen family name)

²⁰⁸ AG Karlsruhe 19 August 2016, UR III 26/13, *Das Standesamt*, 2017, p. 111.

²⁰⁹ BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, Vol. 31, No. 24, 2016, p. 1473; OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 30, 2010, p. 452.

²¹⁰ See OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x (recognition of a Jewish marriage); VwGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018 (*obiter*, as part of an accepted statement of the lower instances).

4. Conflicting Status: Almost No Case Law

79. It is possible that conflicting status situations arise. For example, a foreign status acquired in State A may be recognized in State B, but not recognized in State C. However, such conflicts receive relatively little attention and are usually only addressed if such a limping relationship concerns a State directly. In total, there is very little case law and practice available in the States. In BELGIUM, there is no general rule but courts try to come to a practical solution on a case-by-case basis.²¹¹ In LITHUANIA, by choosing the documents to present (without being questioned by the court), the parties can actually choose which status will be recognized and thus will prevail over another, as the authorities will not question the status documented even in cases of strong indications that the status might not be established correctly.²¹² In contrary, in GERMANY courts tend to a principle of priority: Only the first registered status will be recognized and courts seem to try to avoid a situation where the parties can choose between two registrations.²¹³

5. Fourth Interim Conclusions

80.

1. Public policy – as one might expect – shows a broad spectrum of approaches and national particularities. Huge discrepancies can be found regarding the recognition of same-sex marriages/partnerships and filiation links after surrogacy. Furthermore, in some Eastern European States, the grammatical or orthographic composition of a name can be highly culturally sensitive.
2. The case law of the CJEU/ECtHR nudged some Member States to change their attitude from a strict rejection of recognition of any effects regarding the aforementioned questions to a careful opening and the recognition of at least some effects of e.g. a same-sex marriage.
3. Some Member States do not provide any possibility to recognize or register an unknown status. Nevertheless, there is a tendency to allow a transformation or adaptation to the requirements of domestic law.
4. Regarding conflicting status there is little case law. One possible solution, party autonomy, seems to be accepted in LITHUANIA but rejected in GERMANY.

VI. Towards Recognition: General Observations and Critical Assessment

1. General Remarks

81. A tendency favoring the recognition of status can be noticed in all Member States, be it in the appearance of new rules, be it in the recognition-friendly application of existing rules by national courts. Procedural hurdles are gradually abolished or diminished and courts show more openness towards unknown or cultural-sensitive legal situations resulting in fewer references to the public policy exception and *fraus legis* rules to prevent recognition. Generally, it can be observed that legislative and judicial action balance each other: If there is legislation enabling recognition, respective higher instance judgments are rare, whereas judicial and administrative action dominate if legislative attention to a certain area is low/non-existent.

82. Besides numerous smaller, often surprising and sometimes expected, findings, three major conclusions can be drawn from our comparative study which deserve further analysis and discussion.

²¹¹ Belgian report mn 45 regarding a Belgian-Moroccan-Spanish marriage situation.

²¹² Baltic States report mn. 61, 64.

²¹³ Report mn 48 et seq.

First, we are going to take a closer look at the disparate impact of CJEU and ECtHR cases, its causes and possible ways to adjust (see VI.2). Second, we are going to reflect about the great methodological variety in face of recognition obligations and suggest a way to cope with the associated challenges (see VI.3). Third, we are going to address the somewhat neglected role of registration and how to better integrate it into the process of status recognition (see VI.4).

2. Huge but Nuanced Impact of CJEU and ECtHR Cases

83. The aforementioned recognition-friendly tendency is particularly strengthened by the CJEU/ECtHR case law. This includes a decrease in successful references to the public policy exception to refuse recognition. Although all States exercise a certain control on the merits of the status with surrogacy and filiation, same-sex marriages/civil unions and the grammar/orthography of foreign names being particularly sensitive issues, the case law of the CJEU and ECtHR has a harmonizing effect. Despite its generally huge impact, the case law did not have the same effect everywhere. Disparities exist along the lines between legal areas on the one hand and Member States on the other hand.

84. Whether the ECHR and ECtHR cases or the TFEU and CJEU cases are referred to often depends on the legal area, i.e. for names EU law²¹⁴ and for surrogacy rather ECHR law²¹⁵. In the years following Garcia Avello, Grunkin & Paul etc., several countries changed or amended their respective laws or administrative instructions to encourage recognition at least for EU citizens.²¹⁶

85. In questions of surrogacy and subsequent paternity, an increasing awareness to the human rights of the child can be detected due to the case law of the ECtHR. Probably the “Pancharevo” case will lead to more awareness and recognition in questions of filiation regarding EU law. Already, the discussion about legislative steps to ensure the recognition of parentage gained momentum at EU level²¹⁷

²¹⁴ See, for example, Austria: VfGH 27 February 2018, Ra 2018/01/0057; a similar decision was adopted by the same court with reference to CJEU case law in VfGH 25 November 2008, 2008/06/0144; see also VfGH 26 June 2014, B 212/2014, referring to CJEU and ECtHR cases when deciding about the use of titles of nobility in names; Netherlands: report mn 11. Germany has a vivid practice of discussing EU primary law in questions of name recognition in courts and advisory opinions for the civil status registrars (*Standesbeamten-Fachausschüsse*), e.g. K. KRÖMER, Fachausschuss-Nr. 4027, *Das Standesamt*, 2015, p. 190; H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3935, *Das Standesamt*, 2012, pp. 24, 26 *et seq.*; H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3930, *Das Standesamt*, 2011, p. 346; F. WALL, Fachausschuss-Nr.4041, *Das Standesamt*, 2016, p. 54, for details see German report mn 8; Hungary: 26/2015. (VII. 21.) AB határozat. In contrast, Latvian courts rather refer to ECtHR cases regarding names: Judgement of the Supreme Court of Latvia of 1 November 2017, No A420398814, available at: <https://manas.tiesas.lv/eTiesasMvc/lv/nolemumi>; judgement of the Administrative Regional Court of Riga of 4 March 2014, No. A420383312; judgement of the Administrative District Court in Riga of 19 July 2013, No. A420383312; judgement of the Supreme Court of Latvia of 9 July 2012, No A420598410. In Lithuania, both, the CJEU and ECtHR cases are referred to.

²¹⁵ Austria (surrogacy): VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine); Netherlands: Hoge Raad 13 March 2016, ECLI:NL:HR:2016:452.

²¹⁶ Belgium: Articles 49 and 50 Wet 6 July 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, BS 24 July 2017; Croatia: Article 6/5 of the Personal Name Act; F. STANIČIĆ, “Donosi li Prijedlog novog zakona o osobnom imenu preveliku liberalizaciju?”, *Informator*, 60, 2012, p. 1, 1; France: Art 61-3-1 and 311-24-1 C. civ, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000033437840>; Germany: Article 48 Introductory Act to the Civil Code (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche - EGBGB*), see report mn 6; Poland: Article 15 Polish Legal Act on Private International Law of 2011; Hungary: section 10 (2) Old PIL Code/section 16 New PIL Code. The Austrian Ministry of the Interior makes reference to CJEU Case law (C-353/06 *Grunkin-Paul*) in its Instructions for Registry Offices (*Durchführungsanleitung für die standesamtliche Arbeit*) as of October 2014, BMI-VA1300/382-III/4/b/2014, 59; Spain’s “Dirección General de los Registros y el Notariado” (hereinafter, “DGRN”) – the authority in charge of the Civil Registers – included the CJEU case law regarding names in their administrative directives, see the Instruction (“Instrucción”) DGRN 24 febrero 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE. See decisions such as RDGRN [3^a] 27 enero 2014, RDGRN [2^a] 27 noviembre 2013. In 2021, a new Law on the Civil Registry came into force which addresses this issue in its article 56, see Spanish report mn 18.

²¹⁷ European Commission Initiative on recognition of parenthood between Member States, see https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Cross-border-family-situations-recognition-of-parenthood_en.

and national level, e.g. in ITALY in April 2021 a draft law regarding surrogacy and its legal consequences has been submitted to be discussed in Parliament²¹⁸.

86. Regarding same-sex marriages, the CJEU case law on the free movement of EU Citizens, especially the Coman case, at least resulted in a partial recognition of some effects of the marriage in countries that are generally sceptical towards same-sex marriages. In CROATIA, the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex explicitly provides that same-sex marriages and partnerships between EEA citizens (or an EEA citizen and a third country national) validly concluded in an EEA Member State are treated equally as a heterosexual marriage in the freedom of movement area.²¹⁹

87. Interestingly, some national courts seem to display a general preference for CJEU or ECtHR cases. For example, in GERMANY, ECtHR cases appear to play a less important role and are usually used to support already existent fundamental rights arguments (esp. in constitutional arguments based on the German constitution within an analysis of the public policy exception).²²⁰ Similarly, BULGARIAN courts – at least since the Coman judgement – seem to be more aware of CJEU cases on free movement in questions of status while decisions referring to the ECtHR are rather scarce.²²¹ In LITHUANIA, the CJEU cases are referred to even in non-EU situations (e.g. regarding the transcription of the surname of a Lithuanian-Syrian citizen living in Dubai).²²² FRENCH courts regularly assess the compatibility of French provisions with Art. 8 ECHR on questions of status but – curiously – do not refer to the case law on free movement.

88. The main reason for a rather nuanced impact of the case law depending on the legal area concerned is probably that there are still a lot of gaps regarding questions of status where until today a CJEU (or ECtHR) decision is missing. This issue may be addressed by creating more awareness about the general lines behind the judgements regarding the recognition of status in the EU – not requiring involved parties always to sue until the CJEU to get a decision respecting their human rights and rights as EU citizens. As the reasoning of the case law – impediments for the free movement of citizens due to conflicting status in different Member States – can be extended to all questions of status, a general recommendation at EU level might be a way to increase cross-disciplinary awareness.

89. Furthermore, while the public policy exception is something crucial for legal systems to maintain their national identity and also accepted by CJEU and ECtHR, its possible and often unforeseeable use by national courts creates uncertainty for the parties involved – sometimes they have to go up to the CJEU or the ECtHR (and back to the national system) to achieve clarity whether their status will persist the crossing of a border. In this regard, the legitimate expectations of the persons concerned should be given more attention. Foremost among their expectations will be the persistence of a status that has been tolerated, but not recognized, already for a longer period of time. Thus, the establishment of a time limit to the public policy control – similar to the one proposed regarding the registration/transcription of a status (see supra IV.5) and similar to the Dutch doctrine of *fait accompli* – might ensure more legal certainty and satisfy the legitimate expectations involved. Whenever the parties lived under and used a status for a certain period of time (e.g. five years) and had public authorities accepting that status, e.g. by issuing documents declaring it, then we propose that the public policy exception should be exempt.

²¹⁸ Draft law from 21 April 2021, for details see Italian report mn 11.

²¹⁹ Article 74 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex. Although this rule was not adopted as a direct consequence of ECtHR and ECJ case law, the explanatory memo shows that it was influenced by the development of the case law.

²²⁰ See German report mn 17, regarding surrogacy see, e.g., BGH 10 December 2014, XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 35, No. 3, 2015, p. 261, for a comment in English, see S. Gössl, “The Recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, No. 2, 2015, p. 448 paras. 14 *et seq.*; OLG Braunschweig 12 April 2017, 1 UF 83/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Vol. 64, 2017, p. 972; OLG Celle 20 February 2015, 17 UF 131/16, *BeckRS 2017*, 125339.

²²¹ See Administrative court Sofia-city, 29 June 2018

²²² See Baltic States report mn 52.

3. A Myriad of Methods and Techniques to Cope with the Challenges of Recognition

90. In general, the Member States seem to be rather reluctant to embrace new methods, i.e. acceptance of a legal situation, and prefer to reinterpret/reshape standard conflict of laws techniques. Traditional recognition of judgments is gradually opened to other public acts or similar procedural techniques are applied to recognize a foreign status (see II.1). Using classical PIL rules as an indirect way of recognition is a popular legal method in most Member States, but their structure and content more and more reflects the desire to ‘recognize’ foreign status, be it by establishing appropriated connecting factors, such as the place of registration, or by establishing connecting techniques (e.g. alternative connections, party autonomy) that are more likely to ensure the cross-border validity of a status.(II.2). The German *renvoi en bloc* (II.2.D)b) can be regarded as a variant of a new connecting technique given that it assesses the establishment of the status from the perspective of the registering authority – that most probably acted in accordance with its own domestic law.

91. Besides the traditional methods, a new method, termed ‘acceptance’ or ‘simple recognition’ for our purposes, can be detected in national law. Generally, a precise methodological discourse is lacking but it is characterized by its straightforward acceptance of a legal situation (sometimes incorporated in registered acts). It is usually employed only when the traditional conflict of laws methods do not achieve the desired or required result, namely recognition of a foreign status. Thus, it is often fueled by the ECJ case law on free movement which demands a certain outcome without specifying the means. Some Member States established explicit acceptance rules; in others, implicit rules or administrative guidelines exist (see III.2) As regards the use of this method by the courts, it can be observed that a significant number of decisions deliberately focus on the justification of recognition (e.g. best interest of the child) rather than the methodological soundness of the decision. In such situations, it is difficult to determine whether the resulting decision is based on the existing (‘traditional’) domestic conflict of laws rules or whether the deciding authority ‘accepted’ the foreign legal situation irrespective the traditional methods. In any case, the courts have a crucial role in implementing the case law (see III.3).

92. The openness towards different methods and the result-oriented methodological flexibility that can be detected in national jurisdictions is certainly welcome to enhance cross-border recognition of status. However, very often, it is difficult to classify national methods according to the standard categories. For one thing, the distinction between these categories is not based on a consistent criterion for differentiation as the first category is – traditionally – determined by reference to the ‘source’, i.e. judicial decision/judgment, but the other two categories by reference to the method employed. Furthermore, national techniques to ensure recognition have evolved and surpassed a narrow understanding of the classic methods. It is possible that various vastly divergent rules technically fit into the same category. Besides, much depends on the activeness of the competent authorities: In some States²²³ they are rather active and eager to make sure that obstacles to recognition (or registration) are noted (and properly dealt with), in other States²²⁴ authorities are rather reluctant to ensure compliance (even if non-compliance is evident), thereby minimizing the ‘risk’ of non-recognition. Finally, administrative and judicial decisions, which apply the national laws, often do not explicitly refer or explain the method employed, so that scholars can only interpret. In this regard, one might also take into consideration that Constitutional courts, which are no experts in civil matters and conflict of laws, relatively often have a final say, so that the methodological foundation of some decisions is dubious.²²⁵

²²³ For example, Austria where public authorities became suspicious regarding the probable filiation by surrogacy in two cases which ended at the Constitutional court (see report mn 8 et seq).

²²⁴ For example, Lithuania and Estonia, see Baltic States report mn 61.

²²⁵ For example, Austria: see report mn 54, 55 regarding VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine).

93. Furthermore, irrespective the method, the Member States face a methodological struggle to comply with the recognition obligations demanded by the EU fundamental freedoms and human rights as set out by the respective case law of the CJEU and ECtHR. Very often, legislative actions are lacking and the courts and authorities are struggling to work with the resources and methods they have in the national laws. Internal inconsistencies and imbalances further complicate the recognition of a status acquired abroad in a methodologically sound way. Sometimes the affiliation (i.e. nationality or habitual residence) of the person(s) determines the applicable methods to recognize a foreign status.²²⁶ Often the choice between two national methods depends on the ‘source’ (i.e. judicial decision, administrative decision or act, certificate) of the status and the status category. For example, in AUSTRIA, parental affiliation as established by a foreign birth certificate may be procedurally recognized, whereas the marital status of a person as stipulated by a foreign marriage certificate may be recognized by PIL rules (only).

94. To remedy this situation and come to terms with the “myriad of methods”, a clear and consistent methodology is crucial. The preconditions, detailed application and the relation to other methods should be specified precisely to enhance reliability and foreseeability. In this regard, legislative rules rather than case law should be the preferred means. As the use of divergent methods and an often quite diverse and inconsistent system at national level are often the result of international and European influences²²⁷, a solution should be found on the same level: The EU legislator could give some guidelines on how to draft connecting factors or procedural rules or acceptance rules, thereby enabling a ‘harmonizing’ effect and providing assistance to courts and national legislators that would like to comply with EU law but are not sure how to. Similarly, it would be helpful if the ECtHR could show more sensitivity to PIL methods and develop some proposals how a PIL rule might be in conformity with the ECHR.

4. Status Registration as a Neglected Issue

95. Registration (generally) does not (directly) entail the recognition of a legal situation but is often a necessary step to ‘integrate’ a foreign status into a domestic legal system and might even seem to be a less-tedious, practical alternative to recognition: First, the registration of a foreign status is often linked to the granting of citizenship and domestic allowances as doubts regarding the recognition of the corresponding foreign status often arise in this context. Second, as long as nobody contests the registration for invalidity of the underlying status, the registration is often treated as ‘true’ and therefore as if the status was recognized. Parties therefore can have a strong interest in the registration/transcription of a status without the legal recognition of it.

96. Unfortunately, the practical role and impact of a domestic status registration on the (legal) recognition of a status acquired abroad is rarely discussed in the PIL literature. It deserves more attention, at least in some States. At best, issues of registration and questions of recognition should not be dealt with separately, in person and in substance, as far as a foreign status is concerned. Legal scholarship as well as practitioners, courts and other public authorities must pay attention to the subtle nuances of both areas and their unintentional overlap and distinguish both techniques precisely.

97. Furthermore, the ‘illusory legal certainty’ provided by a successful status registration is problematic. As a status registration usually does not entail its legal recognition the underlying status may be challenged at any time. This issue must be addressed by the national legislators or even the EU legislator, not least in order to protect the legitimate expectations of the parties. Maybe some inspiration can be drawn from national case law: In GERMAN name law, the use of a name over a certain period

²²⁶ There are, for example, separate rules in the Netherlands regarding the recognition of adoptions depending on whether the prospective parents were habitually resident in the Netherlands at the relevant time (see Article 10:108 DCC, Article 10:109 DCC).

²²⁷ This is particularly obvious regarding the Netherlands as the Dutch legislator is keen “to accept multilateral instruments to the largest extent possible”, see Netherlands report mn 15.

of time can overcome the rejection of a recognition to protect legal expectations and the personality right of the person that lived under that name for several years.²²⁸ Similarly, the DUTCH doctrine of *fait accompli*²²⁹ protects the legal expectations of the parties and can overcome deficiencies of the usual method of recognition.

98. Accordingly, we propose that after a certain period of time (e.g. five years), a general impediment to challenge the registration/transcription and its underlying status should be introduced by the national legislators. Such a rule would provide legal certainty regarding the durability of a registration and, thus, enhance the portability of a status and the trust put into public authorities and their registrations.²³⁰ At the same time, it would encourage the competent authorities to assess the recognizability of a foreign status already before its registration.

99. Furthermore, to ease the registration of a foreign status, more flexibility should be applied in standard forms. Thus, any problem caused by the lack of a corresponding field (e.g. for co-mother/co-father) or different spelling of names could be attenuated. Already, some Member States have found ways to cope by adding fields to standard forms or permitting the attachment of additional information in an international context (see IV.3 *supra*).

VII. Conclusions and Suggestions

100.

1. In general, national legislators and courts favor the recognition of a status acquired abroad. The CJEU/ECtHR case law accelerated and catalysed this tendency.
2. The various approaches to “recognize” and “accept” a status show that the EU, also in this respect, is “united in diversity”. It also shows the struggle of the national legislators and courts to comply with the CJEU/ECtHR case law.
3. The impact and effect of status registration is still an underestimated and neglected issue in the context of the recognition of a foreign status, thus creating legal uncertainties and inconsistencies.
4. To further the recognition of foreign status
 - a. more attention should be paid to “how” recognition is attained methodologically and also to the (spill-over) effect of status registration. This can be achieved by an increased methodological awareness and transparency on the national level (decisions, legislation) as well as general recommendations and guidelines at EU/ECtHR level to expose the common requirements of status recognition beyond single cases and provide some guidance to the Member States.
 - b. more attention should be paid to the legitimate expectations of the persons concerned and to increase long-time legal certainty. This can be achieved by more legal and administrative flexibility to incorporate foreign (unknown) status at the best and by setting a time-limit to challenge the recognition of a status acquired abroad that has already been registered domestically.

²²⁸ See *supra* at note 96 (III. 2).

²²⁹ Article 10:9 DCC, see report mn 30.

²³⁰ See to this proposal already S. GÖSSL, M. MELCHER, “The Obstacle to Free Movement of Family Status in Europe” in BERNARD et al. (Eds.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne: Family within the Legal Order of the European Union*, Bruxelles, 2020, pp. 343–359.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: ITALY*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: ITALIA

MARTA GIACOMINI / MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO

*Verona University Postdoctoral fellow, Ph.D in European and International Law
at the University of Verona, Docteur en droit in Université Paris 1 Panthéon Sorbonne;
Ph.D in European and International Law at the University of Verona,
Lawyer - Bar of Verona*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6738>

Abstract: Analyzing the recent Italian case-law is clear that a difficult balance is maintained between the Italian Law and the State's obligation to recognize a foreign status under the EU law and ECHR principles. Moreover, the recognition of foreign judgment and provisions related to personal status are surely interconnected with the role of public policy, on one hand, and the effectiveness of human rights on the other hand.

Keywords: recognition, acceptance, status acquired abroad, Italian private international law, surrogacy, international name law, status registration, fundamental rights.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de dicha jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado cuando éste se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Italia.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado italiano.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference "*La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*" in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in GÖSSL/MELCHER, "Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws".

The following parts of this report have been written exclusively by MARTA GIACOMINI: II.1.B) Surrogacy and C) Adoption, II.2.D) Non-(state-) registered relationship, II.4. Gender, II.5. Name; III.2. Recognition of Decisions: How Does It Work?, III.4. Recognition by Acceptance, IV. The Role of Public Policy and Human Rights. The following parts of this report have been written exclusively by MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO: I. Introduction; II. Status Recognition by subject Matter – Illustrating Overview; 1. Filiation; A. Paternity/Parentage; 2. Couple Relationships; A. General; B. Marriage; C. Registered Partnership; 3. Capacity; III. Methodological Analysis/Methodology Explained; 1. General; 3. Recognition by PIL: How Does It Work?; V. Reception, Transformation and Effects; 1. Reception; 2. Establishing or contesting of Status; 3. Registration of a 'Foreign' Status – document; VI. Awareness in Academia and Politics; 1. Literature on Recognition; 2. Political and Legislative Awareness; 3. Recognition as a Topic in Legal Education.

Summary: I. Introduction; II. Status Recognition by subject Matter – Illustrating Overview; 1. Filiation; A. Paternity/Parentage; B. Surrogacy; C. Adoption; 2. Couple Relationships; A. General; B. Marriage; C. Registered Partnership; D. Non- (state-) registered relationship; 3. Capacity; 4. Gender; 5. Name; III. Methodological Analysis/Methodology Explained; 1. General; 2. Recognition of Decisions: How Does It Work?; 3. Recognition by PIL: How Does It Work?; 4. Recognition by Acceptance; IV. The Role of Public Policy and Human Rights; V. Reception, Transformation and Effects; 1. Reception; 2. Establishing or contesting of Status; 3. Registration of a ‘Foreign’ Status – document; VI. Awareness in Academia and Politics; 1. Literature on Recognition; 2. Political and Legislative Awareness; 3. Recognition as a Topic in Legal Education.

I. Introduction

1. Par excellence the identification and recognition of status are the way through which the legal system binds to itself the persons who compose it. In particular, through the so-called *status familiae*, Italy should recognize and guarantee the individual a set of fundamental legal positions within the family. For this reason, even within the European Union¹ and the Council of Europe system, the matter remains under the Member States’ area of competence, and authorities enjoy a wide margin of appreciation, when deciding on the recognition of gender identity, marital and parental status². For example, Regulation (EC) no. 2201/2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, shall not apply to the establishment or contesting of a parent-child relationship (Article 1, § 3, a)³.

II. Status Recognition by subject Matter – Illustrating Overview

1. Filiation

A. Paternity/Parentage

2. The establishment or contesting of a parent-child relationship is set by the law of nationality of the child or, if more favourable, the law of nationality of the parent at the date of birth (Article 33, § 1, PIL); if the establishment or contesting of a parent-child relationship applicable law by PIL can’t be assigned under applicable law, the Italian law shall apply (Article 33, § 1 and § 2, PIL).

3. The reform of filiation, the so-called unification of *status filii* according to Law no. 219/2012 and Law Decree no. 154/2013, involved also a reform of Law no. 218/1995, Articles 33- 36 *bis*, regarding parentage recognition. Article 33 states no more difference between natural and matrimonial child, and all the Italian rules regarding the uniqueness of *status filii* are overriding mandatory provisions. The so-called *favor filiationis* and the best interest of the child⁴ inspired the recognition by PIL. Under Article 33, Law no. 218/1995, the nationality of the child identifies the applicable law to filiation; therefore, the identification of the child’s nationality seems to constitute a preliminary question with respect to filiation.

¹ The identification and recognition of status have an effect regarding the right of EU citizens and their family to move and reside freely within the EU: see Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the EU 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.

² M. VIVIRITO PELLEGRINO, “Diritti patrimoniali nella filiazione non riconosciuta”, *Comparazione e diritto civile*, 2017.

³ M. C. BARUFFI, “Regolamento (CE) 27 novembre 2003, no. 2201/2003 – Artt. 1-2”, in A. ZACCARIA (edited by), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2008, p. 2449 *et seq.*

⁴ See Article 3, 9, 18, 21, and e 40 of the 1989 Convention on the Rights of the Child (ratified under Law no. 176/1991); Article 1 and 6 of the European Convention on the Exercise of Children’s Rights (ratified under Law no. 77/2003); Article 24, § 2, of the EU Charter of Fundamental Rights.

4. Recently, the Italian Supreme Court ruled on a recognition of a Poland judgment (Court of Tarnow) regarding the recognition of natural paternity (Cass. no. 5327/2021)⁵; according to the Italian Supreme Court, since under Article 45 Regulation (EU) no. 1215/2012 the recognition of a judgment shall be refused “(a) if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State addressed” the judge must verify whether the fundamental principles of the Italian legal system, including those relating to the decision-making process, have been respected, as a guarantee of the right to a fair trial. In the present case, the applicant claimed the breach of public policy, assuming that he had been recognized by the judge in Poland as the father of the child without a DNA test, even though he agreed to do it. The Italian Supreme Court dismissed the applicant’s claim because of the Italian principle of law regarding the free conviction of the judge referred to in Article 116 Italian Civil Procedural Code; however, the Court granted the second applicant’s claim regarding the so-called procedural public policy and dismissed the request to enforce the judgment of the Court of Tarnow because the judge in Poland interrupted the collection the applicant’s DNA test without justification.

B. Surrogacy

5. Under Article 12 § 6 Law no. 40/2004, surrogacy is forbidden in any form and it’s also a criminal offence; however, since the Italian law doesn’t specify the status of the child born abroad thanks to surrogacy, Italian and European jurisprudence step into this breach to restore the balance between the best interest of the child and the principle of public policy. Among other consequences about surrogacy, the first obstacle is to obtain the registration of the birth certificate in Italy – it is difficult to reconcile the content of a foreign act (come from a State where surrogacy is provided by the law) with the Italian legal system, where there’s no rule to protect surrogacy childhood⁶.

6. Considering the Italian’s Parliament’s inactivity, the ECtHR ruled in the case *Paradiso and Campanelli*⁷: the case concerned the placement in social-service care of a nine-month-old child who had been born in Russia following a gestational surrogacy contract. In 2015, the ECtHR held – by five votes to two – that there had been a violation of Article 8 of the ECHR, because “the Italian authorities failed to strike the fair balance that has to be maintained between the interests at stake” considering that “the State had an obligation to take the child’s best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise” and that “The removal of a child from the family setting is an extreme measure which should only be resorted to as a very last resort”. However, in 2017 the ECtHR – by eleven votes to six – that there had been no violation of Article 8⁸. Having regard to the absence of any biological tie between the child and the applicants, the short duration of their relationship with the child and the uncertainty of the ties between them from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court held that family life did not exist between the applicants and the child. Moreover, the Court considered that the contested measures had

⁵ See also Cass. no. 19453/2019 and Cass. no. 17463/2013.

⁶ M. D’AMICO, M. P. COSTANTINI, *L’illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*. *Analisi critica e materiali*, Milano, 2014; A. CORDIANO, “La tutela dell’interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali”, in AA.Vv., *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 739 *et seq.*; G. PALMIERI, “Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale”, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (edited by), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSD – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell’Università degli Studi di Torino, 2019, p. 44 *et seq.*; M. GIACOMINI, “La trascrizione degli atti di nascita e il divieto di maternità surrogata: un’indagine comparata in tema di diritti fondamentali”, being published in *Atti del V Congresso internazionale “Europa, società aperta”*, Milan, 14 December 2020.

⁷ ECtHR (Grand Chamber), *Paradiso and Campanelli c. Italy*, 24 January 2017, no. 25358/12.

⁸ M. GERVASI, “Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso *Paradiso et Campanelli*”, in *Osservatorio AIC*, no. 1/2017; C. MASCIOTTA, “La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della “vita familiare”: uno stop all’attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso *Paradiso e Campanelli* contro Italia”, in *Osservatorio AIC*, no. 2/2017.

pursued the legitimate aims of preventing disorder and protecting the rights and freedoms of others. On this last point, it regarded as legitimate the Italian authorities' wish to reaffirm the State's exclusive competence to recognise a legal parent-child relationship – and this solely in the case of a biological tie or lawful adoption – with a view to protecting children. The Court then accepted that the Italian courts, having concluded that the child would not suffer grave or irreparable harm as a result of the separation, had struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the room for manoeuvre (“margin of appreciation”) available to them⁹.

7. Adoption as a possible alternative was pointed out by the Italian Constitutional Court in 2017¹⁰: the Constitutional Court held that, while maintaining the high degree of dis-value that our legal system reconnects to surrogacy, the child's best interest in continuity of parental status can be assured with “adoption in special cases” under Article 44 Law no. 184/1983 as amended¹¹.

8. In 2019¹², the Supreme Court held that the recognition of a foreign status related to surrogacy is contrary to public policy, without prejudice to the application of adoption in “special cases” to recognize family ties.

9. In 2020¹³, once again the Constitutional Court confirmed that adoption could be used to recognize the parent-child relationship with the intended parent. The Constitutional Court ruled in a case where a child was born abroad in a lesbian family and stated that the birth certificate can only reveal the name of the mother who gave birth to him, while the intended mother, however, could proceed through adoption in special cases under Article 44 Law no. 184/1983¹⁴.

10. In 2021, the Constitutional Court ruled regarding the registration of a foreign birth certificate of a child born through a gestational surrogacy arrangement¹⁵. On this occasion, the Court declared the question of constitutional legitimacy inadmissible, highlighting the lack of an organic discipline and urging the Parliament to intervene and recognize new forms of parental ties¹⁶.

11. Just a few weeks after the decision delivered by the Constitutional Court, a draft law has been submitted before the Parliament to regulate surrogacy arrangements¹⁷, but the discussion hasn't been scheduled yet.

C. Adoption

12. Questions regarding adoption (e.g.: requirement, proceeding, parental relationships, withdrawal – Article 38 and 39 PIL) are subject to the law of nationality of the adopters or, failing that, to the law of the State where they are habitually resident. Anyway, should the adoption be a full adoption the Italian law shall apply (Article 38 PIL).

⁹ Press release, ECHR 034 (2017) 24.01.2017.

¹⁰ Corte Cost. no. 272/2017.

¹¹ See also Cass. no. 24001/2014; Cass. no. 14878/2017 quoting Cass. no. 12962/2016 and Cass. no. 19599/2016; Tribunale dei minori di Firenze, 8 March 2017, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 996 *et seq.*

¹² Corte Cass. no. 12193/2019.

¹³ Corte Cost. no. 230/2020.

¹⁴ 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 no. 230 del 2020 della Consulta” in *Federalismi.it*, no. 35/2020, p. 105 *et seq.*; M. PICCHI, “Figli di un dio minore”: quando lo *status filiationis* dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza no. 230/2020 della Corte costituzionale)”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, no. 1/2021, p. 2 *et seq.*

¹⁵ Corte Cost. no. 33/2021; B. LIBERALI, “La legge no. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile diritto a procreare?”, in *Studium Iuris*, no. 5/2020, p. 534 *et seq.*

¹⁶ A. RUGGERI, “La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte Cost. nn. 32 e 33 del 2021)”, in *Consulta Online*, 2021.

¹⁷ Draft Legislation, 20 April 2021.

13. An adoption certified by a foreign competent authority may be recognized by application of Article 41, 64, 65, 66 PIL, subject to the respect of the Italian public policy and the best interests of the child according to Law no. 184/1983 regarding full adoption and “adoption in special cases”.

14. Regarding intercountry adoption, in 1976, Italy ratified the European Convention on the Adoption of Children of 1968, and in 2000 The Hague Convention on Protection and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, implemented by Law no. 476/1998 which introduced its principles into Law no. 184/1983 – since then, Italian law recognizes foreign full and simple adoptions (by the “*Commissione per le adozioni internazionali*” – CAI¹⁸) and provides for a special procedure for Italian couples who wish to adopt abroad¹⁹. The first place for those aiming to adopt a foreign child to go is the Juvenile Court competent for the area of residence, since the couple must gain the “*dichiarazione di idoneità*” (declaration of availability) for Intercountry adoption²⁰. Once a child eligible for international adoption has been identified (i.e.: the child is declared adoptable for ICA by the Country of origin competent authorities and the requirements of the State of origin are determinative), accompanies the aspirant parents to a meeting with the child and follows them through the stage of initial contact. If the meetings lead to a positive opinion from the authorities of the foreign country, the competent agency forwards the papers and the reports on the combination between adoptee and adopters to the CAI, attesting the requirements laid down by The Hague Convention in Article 4. Once the documentation on the meeting abroad and the assent to it by the couple has been received by the accredited body, the CAI authorizes the adopted child’s entry to Italy, having certified that the adoption conforms with the provisions of The Hague Convention. Once the child has entered Italy and any period of pre-adoptive fostering has elapsed the procedure is completed with an order from the Juvenile Court to transcribe the adoption decision in the registries of civil status – the power to have this registration done lies with the Juvenile Court of the place of residence of the parents at the moment of their entry into Italy with the child (even if this differs from the one that first issued the decree of suitability). With registration, the child definitively becomes an Italian citizen and a member to all intents and purposes of the new “multi-ethnic” family that has just come into being.

15. However, since Italian rules regarding adoption are restrictive, the recognition of foreign adoption seems to be not automatic in case of unknown institutes to the Italian legal system, such as adoptions by (mere) private contract or the Islamic *kafāla*²¹, often indirectly recognized by a proceeding of adoption in special cases to protect the child’s best interest in continuity of parental status²².

¹⁸ See www.commissioneadozioni.it/en.

¹⁹ See Law no. 184/1983 updated with: Law no. 476/1998; Law no. 149/2001; Law no. 173/2015, regarding the right to the affective continuity of foster children; Decree of the President of the Republic no. 108/2007; Legislative Decree no. 154/2013; Decree of the President of the Council of Ministers of 13 March 2015; Decree of the President of the Council of Ministers of 16 February 2018; eventual regulation from the Central Authority (as the latter Regulation no. 13/2008 on the specific criteria and procedures for Accredited Bodies); additional guarantee of the respect of commitments taken at international level by Italy comes from its Constitution: according to Article 11 and 117 of the Italian Constitution, every national law must respect all agreements concluded at international level by the State and in case of conflict the international agreements must prevail.

²⁰ Aspirants must in the first place meet the requirements of Article 6, Law no. 184/1983, meaning that the declaration of availability may be presented only by heterosexual married couples for at least three years, without any separation in being or in hand, with a maximum difference between either of 40 years (and a minimum of 18) from the child to be adopted, in possession of the capacity to bring up, educate and maintain the adoptive child (requirements which will be the object of enquiry by the area services after the first check by the Juvenile Court).

²¹ Article 29 Law Decree no. 286/1998, as amended, provided – by analogy – the right to family reunification in case of *kafāla*; see Cass. no. 7472/2008, Cass. no. 18174/2008, and Cass. no. 19734/2008

²² Trib. Minori Trento, decree 5.3.2002 and decree 10.9.2002, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, I, p. 159 *et seq.*, annotated by J. LONG, “Adozione “extraconvenzionale” di minori provenienti da Paesi islamici”; J. LONG, “Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un’occasione per riflettere sull’adozione legittimante”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, II, p. 175 *et seq.*; R. GELLI, “La Kafala di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell’ordinamento Italiano”, in *Famiglia e diritto*, no. 1/2005, p. 68 *et seq.*; A. CAGNAZZO, F. PREITE, *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all’estero*, Milano, 2017, p. 358 *et seq.*; G. ROSSOLILLO, “Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all’ordinamento italiano”, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, p. 335 *et seq.*; A. PASTENA, *Recognition of Kafala in the Italian Law System from a Comparative Perspective*, Cambridge Scholars Publishing, 2020. Recently, the

16. For the first time in 2021, the Italian Supreme Court recognized a gay-couple adoption acquired abroad²³ according to Article 64 PIL (recognition of a foreign judgment) and Article 38 (applicable law to adoption): an Italian citizen and an American one, habitually resident in the U.S.A., adopted a child in U.S.A. throughout a judicial writ and, therefore, they asked for the recognition of their status in Italy. The Supreme Court stated that the case concerns the recognition of foreign status under PIL, excluding any application of Italian Law regarding intercountry adoption. Should the case concerned Italian adopters or adopters habitually resident in Italy, the Supreme Court would have applied the Italian Law regarding intercountry adoption and referred the case to the Juvenile Court to verify, *inter alia*, the respect of public policy and the best interest of the child. Following an *excursus* of the Italian case-law, the Supreme Court held that neither the ban for the gay couple to adopt nor the ban for them to access to assisted reproduction techniques is principles of international public policy. Actually, the principle of the best interest of the child, its right to respect for family life referred to in the EU Fundamental Chart, the ECHR and the United Nations Convention on the Rights of the Child, and the principle of equal treatment of all children must prevail.

2. Couple Relationships

A. General

17. In Italy, marriage can be governed by the Italian civil law if celebrated before the Officer of the civil status, or by the Canonical law if celebrated before the Catholic minister (“*matrimonio concordatario*”); in any case, the marriage is effective according to Italian law if entered in the register of civil status where the couple has its habitual residence²⁴.

18. In Italy, same-sex marriage is not recognized²⁵; however, after the approval of Law no. 76/2016, on civil partnerships between persons of the same-sex (“*unioni civili*”), and on living together without being married (“*convivenze*”), same-sex marriage contracted abroad is recognized as a civil

Court of Justice of the European Union stated that a minor in the guardianship of a citizen of the EU under the Algerian *kafāla* system cannot be regarded as a ‘direct descendant’ of that citizen; however, that citizen’s Member State of residence must facilitate, following an assessment, that minor’s entry to and residence in its territory: see judgment in case C-129/18 *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

²³ Cass., SS.UU. no. 9006/2021. See also: Corte Cost. no. 33/2021; Cass. no. 12193/2019; Cass. no. 14007/2018; Cass., SS.UU. no. 16601/2017.

²⁴ In Italy, marriages, as well as other family status, are effective and recognized after they are recorded in the civil registry (“registro di stato civile”) of the relevant municipality; *inter alia*: G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (edited by) *Relazioni familiari, matrimonio, famiglia di fatto; tomo II: Separazione, divorzio*, Milano, 2002.

²⁵ Cass. no. 4184/2021, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 588 *et seq.*; Cass. no. 2400/2015, in *Il corriere giuridico*, 2015, no. 7, p. 909 *et seq.*; P. RESCIGNO, “Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti”, in *Il Corriere giuridico*, 2012, no. 7, p. 861 *et seq.*; G. FERRANDO, “Il matrimonio”, in *Trattato Cicu, Messineo*, II ed., Milano, 2015, p. 295 *et seq.* For the first time, after the decision delivered by Tribunale di Grosseto, 9 April 2014, a Court ordered the Officer of the civil status to transcribe in the registers of civil status the marriage contracted abroad between two U.S. citizens, habitually residents in Italy. According to the Court, the Italian civil code (Article 84-88) doesn’t provide any limitation regarding the sex of the spouses, therefore same-sex marriage is not contrary to the domestic law and public policy. On 7 October 2014, the Italian Minister of Internal Affairs, Angelino Alfano, issued a document asking mayors to cancel the registration of same-sex marriages celebrated abroad; this led to an EU Parliamentary questions, on 18 December 2014, regarding the violation of the fundamental principles of the EU and previous rulings of the ECtRH and the right of EU citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. In *Oliari and Others v. Italy*, 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015, the ECtHR considered that the legal protection currently available at that time in Italy to same-sex couples failed to provide for the core needs relevant to a couple in a stable committed relationship. Since the Court did not consider it particularly burdensome for Italy to provide for the recognition and protection of same-sex unions (i.e.: providing a form of civil union or registered partnership), the Court found that Italy had failed to fulfil its obligation to ensure that the applicants had available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their union and concluded unanimously that Italy violated Article 8, under the profile of the positive obligations (*Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010, no. 30141/04; *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], 7 November 2013, no. 29381/09 and no. 32684/09; *Hämäläinen v. Finland* [GC], 16 July 2014, no. 37359/09).

partnership (“*unione civile*”) under Article 32 *bis* PIL. Even today in Italy there remain differences mainly concerning the following points: (inexplicably) there is not a civil duty of fidelity in a civil partnership (differently from the duty of fidelity in marriage); same-sex partners cannot adopt; female same-sex partners cannot access to medically assisted procreation techniques under Law no. 40/2004.

19. Under Regulation (EU) no. 2016/1103, implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, the spouses or future spouses may agree to designate, or to change, the applicable law to their matrimonial property regime²⁶.

20. Under Regulation (EU) no. 2016/1104, 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, *inter alia*, the parties may agree upon a choice of court and of applicable law²⁷.

21. Under Regulation (EU) no. 2010/1259, implementing enhanced cooperation in the area of the applicable law to divorce and legal separation, *inter alia*, the spouses may agree to designate the applicable law to divorce and legal separation²⁸.

B. Marriage

22. Under Article 28 PIL a marriage is formally valid in Italy if it is valid according to the law of the place where the marriage was celebrated or the law of the country of nationality of at least one party at the moment of celebration of the marriage or the law of the state where the couple were jointly resident at the time of the marriage. Marriages²⁹ contracted abroad are recognized (or not recognized) by application of the PIL rules, namely Article 65, regarding the recognition of foreign measures concerning civil status, family and personal rights which have direct effect in Italy without requiring further approval procedure³⁰.

23. Under PIL:

- the promise of marriage and the consequences of its breach shall be governed by the law of common nationality of the betrothed or, failing this, by Italian law (Article 26);
- the capacity to marry and the other conditions to marry shall be governed by the domestic law of each of the betrothed at the time of marriage, without prejudice to the unmarried

²⁶ A. LAS CASAS, “La nozione autonoma di “regime patrimoniale - tra coniugi” del regolamento UE 2016/1103 - e i modelli nazionali”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, no. 6/2019, p. 1529 *et seq.*

²⁷ I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 33 *et seq.*

²⁸ M.C. BARUFFI, “Il divorzio nel diritto dell’Unione Europea”, in *Famiglia e diritto*, no. 1/2021, p. 99 *Et Seq.*

²⁹ F. PESCE, “La nozione di “matrimonio”: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 777 *et seq.*; M. C. BARUFFI, G. CASTELLETTI, “Artt. 21-39 Regolamento (CE) no. 2201/2003”, in A. ZACCARIA (edited by), *Commentario breve al diritto della famiglia*, IV ed., Padova, 2020, p. 3070 *et seq.*

³⁰ E.g.: if a marriage is established in Austria, but the spouses are Spanish, the marriage is recognized directly in Italy if it is formally valid according to the law of the place where the marriage was celebrated (Austrian law) or the law of the country of nationality (Spanish law). It should be noted that Regulation (EU) “no. 1259/2010” shall apply, in situations involving a conflict of laws, to divorce and legal separation; the spouses may agree to designate the law applicable to divorce and legal separation under Article 5 (e.g. Austrian Law or Spanish Law or the law of the forum in case of relocation). In the absence of a choice pursuant to Article 5, divorce and legal separation shall be subject to the law of the State: (a) where the spouses are habitually resident at the time the court is seized; or, failing that (b) where the spouses were last habitually resident, provided that the period of residence did not end more than 1 year before the court was seized, in so far as one of the spouses still resides in that State at the time the court is seized; or, failing that (c) of which both spouses are nationals at the time the court is seized; or, failing that (d) where the court is seized.

- status that either betrothed may have acquired following an Italian final judgment or a final judgment recognized in Italy (Article 27);
- concerning its form, marriage is valid if it is so regarded by the law of the place of the celebration or by the domestic law of at least one of the betrothed at the time of celebration or by the law of the State in which both betrothed were resident at that time (Article 28);
 - the personal relations between the spouses shall be governed by the domestic law common to them; in case of different citizenships or several citizenships in common, the personal relationship shall be governed by the law of the State where the spouses are habitually resident (Article 29);
 - the proprietary relations between the spouses shall be governed by the applicable law to their personal relations; however, the spouses may agree in writing that the proprietary relations between them shall be governed by the law of a State of which at least one of them is a national or in which at least one of them resides. An agreement concerning the applicable law is valid if it is so considered by the chosen law or by the law of the place in which the agreement was entered into (Article 30);
 - marriage contracted abroad is recognize after it is transcribed in the competent civil registry;
 - public policy is the only limit to the registration of the marriage contracted abroad (e.g.: marriage under the age of eighteen; bigamous marriage; marriage between relatives), therefore the Officer can refuse to register the marriage and ask the competent Public Minister to investigate.

24. A same-sex marriage contracted abroad is recognized as a civil partnership (“*unione civile*”) under Article 32 *bis* PIL³¹. This is a proper case of transformation/transposition named “downgrading” by doctrine and already addressed by the CJEU³² and ECtHR³³ regarding other countries.

C. Registered Partnership

25. In Italy, a civil partnership regulated by Law no. 176/2016 is a social partnership between two persons of the same sex that entails a change in the civil status of the parties concerned; it is valid and effective after it is registered by the Officer of the civil status³⁴.

26. Under PIL:

- capacity and other conditions to contract a civil partnership shall be governed by the law of common nationality of the partner; shouldn't the applicable law grant the right to contract a civil partnership, the Italian law shall apply and Article 1 § 4 of Law no. 176/2016 provides overriding mandatory provisions (Article 32 *ter*);
- concerning its form, civil partnership is valid if it is so regarded by the law of the place of the celebration or by the domestic law of at least one of the partners at the time of celebration or by the law of the State in which both partners were resident at that time (Article 32 *ter*);
- personal and patrimonial proprietary relationships between the partners shall be governed by the law of the place of the celebration; if requested, the Court can apply the law where the partners are habitually resident; again, the partners may agree in writing that the proprietary relations between them shall be governed by the law of a State of which at least one of them is a national or in which at least one of them resides (Article 32 *ter*).

³¹ Law no. 76/2016, Law Decree no. 5/2017 concerning “Norme di adeguamento delle disposizioni dell’ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alla nuova disciplina delle unioni civili”.

³² CJEU, *Coman and Others v. Romania*, 5 June 2018, C-673/16.

³³ ECtHR, *Parry v. United Kingdom*, 28 November 2006, no. 42971/05; ECtHR, *Hämäläinen v. Finland* [GC], 16 July 2014, no. 37359/09.

³⁴ C. BENANTI, “Richiesta e costituzione dell’unione civile ai sensi del d. lgs. no. 5/2017”, in *Famiglia. Il diritto della famiglia e delle successioni in europa*, 2017.

D. Non-(state-)registered relationship

27. An unmarried partnership is also regulated by Law no. 176/2016 but it doesn't entail a change in the civil status; the partners can be heterosexual or same-sex and they can regulate their personal and proprietary relations under § 50 of Law no. 176/2016 and sign an agreement valid for all legal purposes (“*contratto di convivenza*”).

28. An Italian national living abroad may declare the existence of the unmarried partnership at the competent Consular office; an Italian national living abroad can address to this same Consular office and enter into the “*contratto di convivenza*” or ask for the certification of the signatures at the end of the contract. The “*contratto di convivenza*” is regulated by the Italian law only if both parties are Italian nationals or live in Italy; if they have different nationalities and live in a foreign country, the applicable law will be the law of that country (Article 30 *bis* PIL).

3. Capacity

29. Capacity to contract, to sue and to be sued, to undertake obligations, etc. (“*capacità giuridica*”) is subject to the law of nationality; capacity to contract marriage is subjected to the law of nationality, without prejudice of the Italian public policy – e.g.: marriage under the age of eighteen, bigamous marriage, and marriage between relatives are forbidden (Article 20 PIL).

4. Gender

30. Gender identity issues are fundamental rights issues that can be recognized under Article 24 PIL, according to the law of nationality.

31. In Italy, Law no. 164/1982 lays down rules on changes to legal gender status³⁵ (“*rettificazione di attribuzione di sesso*”)³⁶; actually, the Italian legal system has been one of the first Member States in regulating this matter and recognizes the right to change a gender status. Originally, Article 3 of Law no. 164/1982 provided two proceedings before the competent Court as follows: “Where it is necessary to adapt the person’s sexual characteristics through medical or surgical treatment, the court shall deliver a judgment authorising such treatment. In such cases the Court shall order the change of legal gender status after verifying that the treatment has been carried out”; it was subsequently amended by Article 31 § 4 of Legislative Decree no. 150/2011 as follows “Where it is necessary to adapt the person’s sexual characteristics through a medical or surgical treatment, the Court shall deliver a judgment authorising such treatment”. The Supreme Court, in its judgment no. 15138/2015 ruled that Article 3 of Law no. 164/1982 could not be construed as requiring a transgender person to have recourse to surgery to change his or her gender identity, since a match between sexual orientation and physical appearance could be achieved through psychological and medical treatment which respected the person’s physical integrity. After a few months, the Constitutional Court in its judgment no. 221/2015 rejected a plea of unconstitutionality concerning Article 1 and 3 of Law no. 164/1982, stating first of all that the legislative provisions in question were the result of cultural and legal change aimed at recognising gender identity as a component of the right to personal identity. Interpreting the absence of an explicit indication of the

³⁵ Article 35 Presidential Decree no. 396/2000 provides that the forename given to a child must correspond to the child’s gender.

³⁶ P. D’ADDINO SERRAVALLE, P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002; P. STANZIONE, “Sesso e genere nell’identità della persona”, in *Comparazione e Diritto civile*; L. FERRARO, “Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale”, in *Questione giustizia*, no. 2/2016, p. 220 *et seq.*

means of altering a person's sexual characteristics in the light of fundamental human rights, it added that such absence meant that surgical treatment was not a requirement to obtain a change of legal gender status, as it was only one of the possible treatments that could be used to alter a person's appearance.

32. In the case of *S.V. v. Italy*, 11 October 2018 (no. 55216/08) the ECtHR held, unanimously, that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the ECHR regarding Italian authorities' refusal - lasted for over two and a half years - to authorise a transgender person to change the forename because no final judicial ruling had been given confirming gender reassignment. In the ECtHR's view, the rigid nature of the aforementioned judicial procedure for recognising the gender identity of transgender persons, as in force at the time, had left the applicant for an unreasonable period in an anomalous position apt to engender feelings of vulnerability, humiliation and anxiety³⁷.

33. Originally, Article 4 Law no. 164/1982 provided that should a transgender person be married, after obtaining the right to change his/her gender status, he/she shall divorce (i.e. a sort of divorce imposed by the law - "*divorzio imposto*"). However, in 2014 the Constitutional Court held that the "*divorzio imposto*" implicated a violation of the right to self-determination and of the right of the spouses to maintain their family rights; therefore, the Constitutional Court stated the constitutional illegitimacy of Article 4 Law no. 164/1982³⁸. Moreover, in 2015 the Supreme Court stated the "survival" of the marriage, urging the Parliament to intervene and guarantee transgender family rights³⁹.

34. The aforementioned Law no. 76/2016, §§ 26-27, provides that should a spouse change his/her gender status he/she can preserve his/her family rights and convert the marriage in a civil partnership (in a sort of downgrading)⁴⁰, but the Legislator doesn't grant to maintain family rights in the opposite situation and convert a civil partnership in marriage⁴¹.

5. Name

35. The CJEU has defined the naming regime of European citizens in three particular cases which demonstrate the EU's willingness to harmonize the matter - see, *inter alia*, Konstantinidis (C-168/91, EU:C:1993:115); Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539); Grunkin and Paul (C-353/06, EU:C:2008:559); Sayn-Wittgenstein (C-208/09, EU:C:2010:806); and Runevič-Vardyn and Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291).

36. The ECtHR has held that forenames also fall within the notion of private life (Guillot v. France §§ 21-22; Güzel Erdagöz v. Turkey, § 43; Garnaga v. Ukraine, § 36); the Court has found that some domestic laws relating to the recognition of names may strike a proper balance, while others do not (see, *inter alia*, Guillot v. France in comparison with Johansson v. Finland); regarding a change of name in the process of gender reassignment see *S.V. v. Italy*, §§ 70-75.

37. In Italy, the right to a name and personal identity⁴² is recognized by Article 6 § 2 of the Italian Civil Code; since fundamental rights are at stake, the right to a name and personal identity can be recognized under Article 24 PIL, simply according to the law of nationality and EU law. However, should

³⁷ Press release ECtHR 335 (2018) 11.10.2018. See also *Y.Y. v. Turkey*, 10 March 2015, no. 14793/08, and *X. and Y. v. Romania*, 19 January 2021, nos. 2145/16 and 20607/16.

³⁸ Corte Cost. no. 170/2014.

³⁹ Corte Cass. no. 8097/2015.

⁴⁰ A. CAGNAZZO, F. PREITE, *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, p. 391 *et seq.*

⁴¹ V. BARELA, "Rettificazione del sesso: effetti sugli istituti del matrimonio e dell'unione civile", in *Comparazione e diritto civile*, no. 1/2018.

⁴² Corte Cost. no. 297/1996.

the recognition regard rights related to family relationship (i.e. name related to marriage, parenthood, adoption) Article 24 PIL provides that the recognition shall be governed by the applicable law to the family relationship⁴³.

38. As said, regarding surrogacy recently the Grand Chambre of the ECtHR⁴⁴ and the Italian Supreme Court⁴⁵ stated that the recognition of the *status filiationis* can be assured with “adoption in special cases” under Article 44 Law no. 184/1983 as amended, which among other effects entails changing the adopter’s surname.

III. Methodological Analysis/Methodology Explained

1. General

39. The identification and recognition of status, through the so-called *status familiae*, guarantee the individual a set of fundamental rights within the family. Analysing the recent Italian case-law is clear that a difficult balance is maintained between the Italian Law and the State’s obligation to recognize a foreign status under the EU law and ECHR principles. For example, a sort of recognition of parenthood by surrogacy is influenced by international obligations, which in some way can force Italy to accept the existence of new forms of family relationships⁴⁶;

40. Italian system knows three different methods of recognition: (i) recognition of decision delivered by a foreign Authority, governed by PIL and EU law; (ii) recognition by PIL in the absence of a decision that may be recognized, since PIL rule upon the *lex causae* concerning the establishment and/or changing of status; (iii) recognition by acceptance, governed by the application of EU principle of mutual recognition and/or resulting from the application of principles set by the Italian Constitution, overriding mandatory provisions under Italian Law, and EU and ECHR fundamental rights.

41. The first two options entail the recognition of foreign status by applying PIL rules and/or EU mutual recognition rules⁴⁷ (e.g.: Regulation (EC) no. 2201/2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility). On the contrary, the third option permits the recognition of foreign status in the absence of a mandatory provision, where there is no other way to protect individual rights related to the recognition of status (e.g.: parenthood by surrogacy).

2. Recognition of Decisions: How Does It Work?

42. Regarding the recognition of a decision establishing or changing status, PIL rules provide as follows. According to Article 64 PIL, a foreign judgment (even not related to personal and family status) shall be automatically recognized in Italy without requiring any further proceedings if:

⁴³ Recently, the Constitutional Court has been asked to rule regarding Article 262 of the Italian Civil Code concerning the automatic attribution of the father surname with regard to Articles 2, 3 and 117, § 1 of the Italian Constitution and this very last Article 117 in relation to Articles 8 and 14 ECHR: Corte Cost., ord., 11 February 2021, no 18.

⁴⁴ ECtHR, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention*, P16-2018-001.

⁴⁵ Corte Cass. no. 24001/2014; Corte Cass., SS.UU. no. 12193/2019.

⁴⁶ *Inter alia*, 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*, no. 1/2016.

⁴⁷ G. CAGGIANO, *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018; F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell’Unione Europea. Tra mutuo riconoscimento e salvaguardia dei particolarismi nazionali*, Torino, 2020.

- (a) the foreign Court (however named) had jurisdiction on the matter;
- (b) the defendant was properly informed of the proceeding under the law of the state where the proceedings took place, and the fundamental rights of defence have not been violated (e.g.: right to be heard);
- (c) the parties appeared before the foreign court in compliance with the applicable procedural law, or contumacy was properly declared under such law;
- (d) the foreign judgment is final and binding according to the applicable law of the State in which it was delivered;
- (e) the foreign judgment doesn't conflict with any other final judgment delivered by an Italian Court;
- (f) no proceedings are pending before an Italian Court between the same parties and on the same matter filed before the foreign proceedings at stake;
- (g) the foreign judgment and its provision are not contrary to Italian public policy⁴⁸.

43. These requirements will be ascertained by the Registrar when registration of the decision is requested or by the competent Court of Appeal in case of litigation.

44. The recognition of a decision establishing or changing family and personal status seems to have privileged effectiveness even if delivered at the end of a voluntary process ("*giurisdizione volontaria*" - covered by Article 66 PIL⁴⁹); in general terms, Article 65 states that a foreign measure is recognized if concerns capacity, family relationship and individual rights, and when they have been delivered by the Authorities of the State whose law is referred to by the provisions of this law or produce effects in the system of that State, even if pronounced by Authorities of another State, provided that those effects are not contrary to public order and the essential rights of the defence have been guaranteed⁵⁰.

45. According to Article 67, in the case of a challenge to the automatic recognition of a foreign judgment or to enforce a foreign judgment, any interested party may request the competent Court of Appeal to ascertain whether the requirements for recognition are satisfied. Therefore, while recognition of a foreign judgment is automatic (unless challenged under Article 67), for its enforcement prior formal recognition by an Italian Court is a formal requirement, and the enforcement procedure that follows is entirely governed by Italian law.

46. Under Article 21, Regulation (EC) 2201/2003 (Reg. (EU) 1111/2019 as from 1 August 2022) a judgment given in a Member State will be recognised in the other Member States without any special procedure being required. However, according to Article 22, a judgment relating to a divorce, legal separation or marriage annulment will not be recognised where either:

- (a) if such recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which recognition is sought;
- (b) where it was given in default of appearance, if the respondent was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable the respondent to arrange for his or her defence unless it is determined that the respondent has accepted the judgment unequivocally;

⁴⁸ E.g.: since under Article 12 § 6 Law no. 40/2004, surrogacy is forbidden in any form and there is no regulation of filiation related to surrogacy agreements, the recognition of a foreign status resulting from a surrogacy can be obtained if the Court ascertain whether the aforementioned requirements for recognition are satisfied, as experience has recently shown – i.e.: in Cass., SS. UU. no. 9006/2021, in a case of a challenge to the automatic recognition of a foreign status under Article 67 PIL, the Supreme Court recognizes a gay-couple adoption acquired abroad, even if resulting from a surrogacy agreement; following an *excursus* of the Italian case-law, the Supreme Court held that neither the ban for the gay couple to adopt nor the ban for them to access to assisted reproduction techniques is principles of international public policy.

⁴⁹ In Italy, for instance, the voluntary process is used for the consensual separation of spouses and the recognition of a different gender identity.

⁵⁰ Corte Cass. no. 17463/2013, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 624 *et seq.*

- (c) if it is irreconcilable with a judgment given in proceedings between the same parties in the Member State in which recognition is sought; or
- (d) if it is irreconcilable with an earlier judgment given in another Member State or in a non-Member State between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought.

47. *Inter alia*, Italy also recognizes the application of the Hague Convention of 1 June 1970 on the recognition of divorces and legal separations, Luxembourg European Convention of 20 May 1980 on recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody of children.

3. Recognition by PIL: How Does It Work?

48. According to Article 65 PIL⁵¹, foreign measures relating to capacity as well as the existence of family relationships or personality rights are recognized in Italy, without any special procedure being required, when they have been delivered by the Authorities of the State whose law is referred to by the provisions of this law or produce effects in the system of that State, even if pronounced by Authorities of another State, provided that those effects are not contrary to public order and the essential rights of the defence have been guaranteed.

4. Recognition by Acceptance

49. Recognition by acceptance proves its strength where principles and fundamental rights allow a sort of recognition of status in the absence of a foreign decision that may be recognized. For instance, regarding surrogacy parenthood, while the ban for surrogacy agreements is still in force, indirectly their effects are recognized because of the application of principles set by the Italian Constitution, overriding mandatory provisions under Italian Law, and EU and ECHR fundamental rights⁵². Precisely, the ECtHR in its first Advisory Opinion, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, held that – where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law – 1. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the ECHR requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”; 2. the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the ECHR doesn’t require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests⁵³.

⁵¹ The difference between Article 64 and Article 65 PIL concerns (i) what kind of measure shall be recognized (document, measure, judgment, writ, etc.); (ii) what kind of matter shall be recognized (civil law, administrative law, family law, etc.).

⁵² E. CRIVELLI, “La Corte Edu richiama in sede giurisdizionale la prima Advisory opinion: un incentivo per l’Italia a ratificare il Protocollo 16?”, in *Quaderni costituzionali*, no. 2/2020; A. M. LECIS, “Una nuova frontiera del dialogo tra giurisdizioni: la Cassazione rimette alla Corte costituzionale una q.l.c. fondata sul parere consultivo della Corte Edu in materia di GPA”, 2020, www.diritticomparati.it; M. GIACOMINI, “Il caso Mennesson: la Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo”, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 5/2019; B. LIBERALI, “Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?”, in *Osservatorio AIC*, no. 5/2019.

⁵³ The case concerned the refusal to recognise a parental link between intended parents and a baby, born via a surrogate mother in the United States not biologically related, in Iceland where surrogacy is illegal. The Court found that despite the lack of a biological link between the applicants, there had been «family life» in the applicants relationship. However, the Court found that the decision not to recognise the first two applicants as baby’s parents had had a sufficient basis in domestic law and, taking note of the efforts on the parts of the authorities to maintain that «family life», ultimately adjudged that Iceland had

50. In Italy, between 2017 and 2021, Italian case-law regarding surrogacy has quite changed, also thanks to the ECtHR's rulings⁵⁴:

- in 2017⁵⁵ and the Constitutional Court held that, while maintaining the high degree of disvalue that our legal system reconnects to surrogacy, the child's best interest in continuity of parental status can be assured with "adoption in special cases";
- in 2019⁵⁶, the Supreme Court held that the recognition of a foreign status related to surrogacy is contrary to public policy, without prejudice to the application of adoption in "special cases" to recognize family ties;
- in 2021⁵⁷, for the first time, the Supreme Court recognizes a gay-couple adoption acquired abroad, even if resulting from a surrogacy agreement.

51. Another case study concern the (non)recognition of *kafāla* in Italy. In 2019⁵⁸, the CJEU in its judgment C-129/18, *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, stated that:

- the need for a uniform application of EU law and the principle of equality requires that, where no reference is made to the law of the Member States, the terms of the directive on the freedom of movement must normally be given an independent and uniform interpretation throughout the EU;
- given that the directive doesn't contain any definition of the concept of a 'direct descendant', it is necessary to interpret that concept to take into account not only the wording of the provision in question but also of the context in which it occurs and the objectives pursued by the rules of which it is part;
- given that the concept of a 'direct descendant' commonly refers to the existence of a parent-child relationship, that concept of a 'parent-child relationship' must be construed broadly, so that it covers any parent-child relationship, whether biological or legal;
- the concept of a 'direct descendant' of a citizen of the EU must consequently be understood as including both the biological and the adopted child of such a citizen since it's established that adoption creates a legal parent-child relationship;
- given that the placing of a child under the Algerian *kafāla* system doesn't create a parent-child relationship between the child and its guardian, a child who is placed in the legal guardianship of citizens of the EU under that system cannot be regarded as a 'direct descendant' of a citizen of the EU;
- however, such a child falls under another concept referred to in the directive on the freedom of movement, namely that of one of the other family members;
- therefore, CJEU stresses that the Member States must therefore provide the possibility for 'family members, in the broad sense' to obtain a decision on their application for entry that is founded on an extensive examination of their personal circumstances, taking account of the various factors that may be relevant, and, in the event of refusal, is justified by reasons – in the light of and in line with the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in particular the right to respect for family life and the protection of the best interests of the child.

acted within its discretion in this case (see § 68-70 regarding the margin of appreciation). Cf. ECtHR, *Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland*, 18 May 2021, no. 71552/17.

⁵⁴ *Inter alia*, ECtHR, *Mennesson c. France*, 26 June 2014, no. 65192/11; ECtHR, *Labassee v. France*, 26 June 2014, no. 65941/11; ECtHR, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 January 2017, no. 25358/12; ECtHR, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, P16-2018-001.

⁵⁵ Corte Cost. no. 272/2017.

⁵⁶ Corte Cass. no. 12193/2019.

⁵⁷ Cass., SS.UU. no. 9006/2021.

⁵⁸ See Press release, CJEU no. 41/19, Luxembourg, *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, 26 March 2019, C-129/18.

IV. The Role of Public Policy and Human Rights

52. Public policy sets the limit for the recognition of foreign documents, decisions, and status acquired abroad⁵⁹.

53. Public policy is studied under its substantial and procedural profile. For example, the question regarding the recognition in Italy of Islamic divorce-repudiation and the related status has been recently submitted again⁶⁰ before the Italian Supreme Court which, by its judgment 7 August 2020, no. 16804, has decided it in the negative because of the violation of the so-called substantial public policy (violation of the principle of non-discrimination between men and women) and procedural public policy (lack of defensive parity and effective cross-examination).

54. As said, analysing the recent Italian case-law is clear that a difficult balance is maintained between the Italian Law and the State's obligation to recognize a foreign status under the EU law and ECHR principles⁶¹; the recognition of foreign judgment and provisions related to personal status are interconnected with the role of public policy, on one hand, and the effectiveness of human rights, on the other hand.

55. For instance, recently, and for the first time in 2021⁶², the Italian Supreme Court recognizes a gay-couple adoption acquired abroad, in a case concerning the recognition of foreign status under PIL, stating that the principle of the best interest of the child, its right to respect for family life referred to in the EU Charter of Fundamental Rights, the ECHR and the United Nations Convention on the Rights of the Child, and the principle of equal treatment of all children must prevail.

V. Reception, Transformation and Effects

1. Reception

56. A same-sex marriage contracted abroad is recognized as civil partnership (“*unione civile*”) under Article 32 *bis* PIL⁶³. This is a proper case of transformation/transposition named “downgrading” by doctrine⁶⁴ and already addressed by the CJEU⁶⁵ and ECtHR⁶⁶ regarding other countries.

57. In particular, according to the CJEU, under the conditions laid down in Article 7(1) of Directive 2004/38/EC, Article 21(1) TFEU must be interpreted as precluding the competent authorities

⁵⁹ L. PALADIN, voce “Ordine pubblico”, in *Nuovissimo Digesto*, XI, Torino, 1965, p. 130 *et seq.*; C. LAVAGNA *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali. Democrazia e diritto*, 1967, p. 359 *et seq.*; U. ALLEGRETTI, “Ordine pubblico e libertà costituzionali” in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, no. 1/1976, p. 473 *et seq.*; CERRI, voce “Ordine pubblico (diritto costituzionale)”, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, p. 1 *et seq.*; F. ANGELINI, voce “Ordine pubblico”, in S. Cassese, (edited by), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3988 *et seq.*; F. ANGELINI, “Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in S. NICCOLAI, E. Olivito, (edited by), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionali*, Napoli, p. 37 *et seq.*

⁶⁰ Cass. no. 10378/2004; Cass. no. 17463/2013; Cass., SS.UU., no. 12193/2019

⁶¹ *Inter Alia*, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, “Manuale dei diritti fondamentali”, in *Europa*, II, Bologna, 2019.

⁶² Cass., SS. UU. no. 9006/2021.

⁶³ Law no. 76/2016, Law Decree no. 5/2017 regarding “Norme di adeguamento delle disposizioni dell’ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni alla nuova disciplina delle unioni civili”.

⁶⁴ Recently, F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell’Unione Europea. Tra mutuo riconoscimento e salvaguardia dei particolarismi nazionali*, Torino, 2020, p. 173 *ss*, quoting M. MELCHER, “Private International Law and Registered Relationship: An EU Perspective”, in *European Review of Private Law*, 2012, p. 1075 *et seq.*

⁶⁵ CJEU, *Coman and Others v. Romania*, 5 June 2018, C-673/16.

⁶⁶ ECtHR, *Parry v. United Kingdom*, 28 November 2006, no. 42971/05; ECtHR, *Hämäläinen v. Finland* [GC], 16 July 2014, no. 37359/09.

of the Member State of which the Union citizen is a national from refusing to grant that third-country national a right of residence in the territory of that Member State on the ground that the law of that Member State doesn't recognise marriage between persons of the same sex. Moreover, the CJEU referred to the Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, in accordance with Article 52(3) of the Charter, the rights guaranteed by Article 7 thereof have the same meaning and the same scope as those guaranteed by Article 8 ECHR – see, *inter alia*, ECtHR, *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], 7 November 2013, nos. 29381/09 and 32684/09 § 73, and *Orlandi and Others v. Italy*, 14 December 2017, nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12.

2. Establishing or contesting of Status

58. If the applicable law doesn't provide guarantees (i.e. fundamental rights) regarding the establishment or contesting of status, including parent-child relationships, the Italian law shall apply (Article 33, §§ 1-2, PIL) because in this field Italian Law has its mandatory provisions; in the same way, shouldn't the applicable law grant the right to contract a civil partnership, the Italian law shall apply and Article 1 § 4 of Law no. 176/2016 provides overriding mandatory provisions (Article 32 *ter*).

3. Registration of a 'Foreign' Status – document

59. Status acquired abroad has to be certified in Italy by entry into the civil register. Besides the PIL rules analysed above, regarding documents, Italy has also implemented Regulation (EU) no. 2016/1191, on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the EU, which covers public documents issued by the authorities of a Member State, under its national law, and the primary purpose of which is to establish one of the following facts: birth, that a person is alive, death, name, marriage (including the capacity to marry and marital status), divorce, legal separation or marriage annulment, registered partnership (including the capacity to enter into a registered partnership and registered partnership status), dissolution of a registered partnership, legal separation or annulment of a registered partnership, parenthood, adoption, domicile and/or residence, or nationality. It is now possible to submit documents issued by an EU country to authorities in Italy, without obtaining an apostille stamp verifying that they are authentic; moreover, documents no longer need a certified translation, and a standard EU translation form may be used instead.

VI. Awareness in Academia and Politics

1. Literature on Recognition

60. In Italy, the awareness of the issue of recognition is intermediate, depending on specific aspects of recognition. Academics are focused on (i) protection of public policy in internal and cross-border situations (e.g. regarding surrogacy and polygamy); (ii) national and international standards of human dignity (including gender identity), parenthood and childhood; (iii) recognition by acceptance under EU and PIL law (iv) Italian jurisprudence regarding the tightness between the constitutional concept of filiation based on the biological aspect and the contractual concept of filiation based on self-determination (e.g. regarding reproductive rights and surrogacy)⁶⁷.

⁶⁷ A. NICOLUSSI, "The ban on surrogate motherhood in Italy and the challenge of unlimited regulatory competition", in P. MOSTOWIK (edited by), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood*, Warszawa, 2019, p. 291 *et seq.*; V. SCALISI, "«Famiglia» e «famiglie» in Europa", in *Rivista di diritto civile*, no. 1/2013, p. 7 *et seq.*; G. CORSO, voce "Ordine pubblico", in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1980.

61. All major textbooks on the issue of recognition deal with *sub* (i) protection public policy, European integration and implementation of the ECHR⁶⁸, *sub* (ii) the relationship between international human rights and the Italian constitutional legal system⁶⁹; *sub* (iii) applicable law to family relationship, conflict of law and procedural issues of judicial cooperation in civil matters; *sub* (iv) Italian rules regarding family relationship, basically under the 1942 Italian Civil Code, Law no. 40/2004 concerning assisted reproduction and the ban on surrogate motherhood, Law no. 83/1984, as amended, concerning adoption⁷⁰.

2. Political and Legislative Awareness

62. Apparently, political and legislative discussion concerns specific issues, not the general theme of recognition of foreign status.

63. Before the approval of the Law no. 76/2016 concerning same-sex civil partnership (“*unioni civili*”) and registered partnership (“*convivenze registrate*”) there was a heated discussion regarding the equality between same-sex partnership and marriage⁷¹, particularly about the right to adoption⁷². Conservative parties prevented not only the Parliament to recognize the right to adoption for same-sex partnership and registered partnership, but also the recognition of the so-called stepchild adoption, now granted by Italian Courts. Conservative parties also demanded that same-sex marriage concluded abroad was recognized as same-sex partnership, excluding the right to adoption.

64. Regarding surrogacy parenthood, just a few weeks after the decision delivered by the Constitutional Court who urged the Parliament to intervene, a draft law has been submitted before the Parliament to regulate surrogacy arrangement, but the discussion hasn’t been scheduled yet. Unexpectedly, there is no political and legislative discussion regarding assisted reproduction for female same-sex partnership.

3. Recognition as a Topic in Legal Education

65. In Italian legal education, albeit European Law is a mandatory course in University, European Private Law, International Private Law, and Human Rights Law are optional courses. This leads to

⁶⁸ AA.VV., *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018; U. ALLEGRETTI, “Ordine pubblico e libertà costituzionali”, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, no. 1, 1976; F. ANGELINI, “voce Ordine pubblico”, in S. CASSESE, (edited by). *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; F. ANGELINI, “Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto”, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, (edited by), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionali*, Napoli, 2017; F. ANGELINI, “La clausola dell’ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia bioetica. Il caso della maternità surrogata”, in R. FATTIBENE (edited by), *La diagnosi genetica preimpianto fra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017; 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*, no. 2/2016, p. 309 *et seq.*; E. CRIVELLI, “Il protocollo no. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo”, in M. PEDRAZZA GORLERO (edited by) *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014; A. CERRI, voce “Ordine pubblico (diritto costituzionale)”, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990.

⁶⁹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012; M. C. BARUFFI, “La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU”, in G. CAGGIANO (edited by), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018.

⁷⁰ M. BIANCA, “La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?”, in *Famiglia*, no. 3, 2019; M. CINQUE, “Quale statuto per il “genitore sociale?””, in *Rivista di diritto civile*, no. 6/2017; R. BIN, “Maternità surrogata: ragioni di una riflessione”, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, no. 2/2016; E. CANNIZZARO, “Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?”, in E. LAMARQUE (edited by), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, 2015.

⁷¹ M. BILOTTA, “Identità di genere e diritti fondamentali della persona”, in *La nuova giurisprudenza commentata*, 2013, p. 1117 *et seq.*; V. F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia, le grandi questioni*, Torino, 2014, p. 286 *et seq.*

⁷² L. TRAPPOLIN, A. TIANO, “Same-sex families e genitorialità omosessuale. Controversie internazionali e spazi di riconoscimento in Italia”, in *Cambio*, 2015, p. 47 *et seq.*

a general discussion regarding recognition, not specifically focused on status and family relationship; obviously relevant CJEU and ECHR decisions, even if related to family law issues, are discussed in European Law classes.

Table of Abbreviations:

EU law: European law, specifically EU Treaties, regulations and directives regarding recognition of status and family reunification;

PIL: Italian Private international law, specifically Law no. 218/1995 and its amendments;

CJEU: Court of Justice of the European Union

ECHR: European Convention of Human Rights

ECtHR: European Court of Human Right

AA.VV.: various authors

Corte Cost: Italian Constitutional Court

Cass: Italian Supreme Court (or Court of Cassation)

Cass., SS.UU.: Grand Chamber of the Italian Supreme Court (or Court of Cassation)

CAI: Commission for Intercountry Adoption, Central Authority under The Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: NETHERLANDS*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: PAÍSES BAJOS

TESS BENS

*Lecturer in Private International Law
Tilburg University*

MIRELLA PEEREBOOM-VAN DRUNICK

*Lecturer in Private Law
University of Amsterdam*

Recibido: 15.12.2021/Aceptado: 24.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6739>

Abstract: The aim of this national report is to analyse the current legal framework for the recognition of a legal status acquired abroad in the Netherlands. The first part of the report discusses the academic awareness, legislative awareness, as well as the administrative and judicial awareness of the European discussion on the recognition of personal status. The second part of the report outlines the development and structure of the Dutch legal framework for recognition. The formal and substantive requirements for recognition of a legal status acquired abroad, as well as subsequent changes to that framework, are highlighted for each relevant set of rules. It is argued that the Dutch legal framework for recognition is rather permissive due to its strong link with multilateral instruments ratified by the Netherlands, but suffers from its own flaws in terms of complexity. The final part of the report discusses the methods of recognition in Dutch private international law.

Keywords: Private International Law, recognition, personal status, Netherlands, European Union.

Resumen: El objetivo de este informe nacional es analizar el marco jurídico actual para el reconocimiento en los Países Bajos de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero. En la primera parte del informe se analiza el conocimiento académico, el conocimiento legislativo y el conocimiento de la práctica administrativa y judicial del debate europeo sobre el reconocimiento del estatuto personal. La segunda parte del informe expone el desarrollo y la estructura del marco jurídico neerlandés para el reconocimiento. Se destacan los requisitos formales y de fondo en relación a cada una de las materias que forman parte del estatuto personal. Se argumenta que el marco jurídico neerlandés para el reconocimiento es bastante permisivo debido a su fuerte vínculo con los instrumentos multilaterales ratificados por los Países Bajos, pero adolece de sus propios defectos en términos de complejidad. En la última parte del informe se analizan los métodos de reconocimiento en el Derecho internacional privado neerlandés.

* This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL, M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws at *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 1, 2022.

Palabras clave: Derecho internacional privado, reconocimiento, estatuto personal, Países Bajos, Unión Europea.

Summary: I. Introduction. II. Awareness. 1. Academic awareness. 2. Legislative awareness. 3. Judicial and administrative awareness. 4. Blissful ignorance. III. Development and structure of the Dutch rules for recognition. 1. General observations. 2. Divorce. 3. Marriage. 4. Names. A). The PIL Act on Names and its provision on Dutch and dual nationality. B). The amended PIL Act on Names and its provision for recognition. 5. Filiation. 6. Adoption. 7. Registered partnerships. IV. Methods of recognition. 1. Recognition and registration. 2. Recognition of decisions and legal facts evidenced by documents. 3. Recognition of legal facts in the absence of a (valid) decision or document.

I. Introduction

1. Insofar the “spectre of recognition” is haunting Europe,¹ it appears to be haunting a ghost town in Dutch legal doctrine and legal practice, in particular in matters concerning personal status. The general stance towards the European discussion on the (mutual) recognition of (personal) status is best described as blissful ignorance (II). Book 10 of the Dutch Civil Code (DCC)² contain several rules that allow for the automatic recognition of names,³ marriage,⁴ divorce,⁵ registered partnerships,⁶ family relations⁷ and adoptions,⁸ although the underlying structure is rather complex. We will elaborate the development of these rules and illustrate the minimal effect of the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the Dutch rules for recognition. In addition, (changes to) the formal and substantive requirements for recognition are addressed in the context of each relevant set of rules for recognition (III). Subsequently, we discuss the methods for recognition in Dutch private international law in line with the Comparative Report in order to highlight the salient features of recognition in Dutch private international law (IV).

II. Awareness

2. The academic awareness, legislative awareness, as well as the administrative and judicial awareness of the European discussion on the recognition of personal status can each be described as intermediate, i.e. the discussion is known, but no significant steps were taken pursuant to this discussion. As will be elaborated below, most steps were already taken before the European discussion on recognition commenced.

1. Academic awareness

3. The general awareness of the European discussion on the (mutual) recognition of (personal) status and the interplay with private international law in the Netherlands can be regarded as intermediate, although it is helpful to distinguish a minority position and a majority position in order to support this

¹ M. LEHMANN, “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, in: S. LEIBLE (Ed.), *General Principles of European Private International Law*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, p. 11.

² We will refer to provisions of the Dutch Civil Code in the customary form of reference. Article 24 of Book 10 is denoted as Article 10:24, whereas Article 24 of Book 1 is denoted as Article 1:24. We will only refer to Book 1 DCC (the family law code) and Book 10 DCC (the private international law code) in this national report.

³ Article 10:24-10:26 DCC.

⁴ Article 10:31-10:34 DCC.

⁵ Article 10:56-10:59 DCC.

⁶ Article 10:61-10:63 & 10:88-10:89 DCC.

⁷ Article 10:100-10:102 DCC.

⁸ Article 10:107-10:112 DCC.

assertion. The distinction is largely based on the extent to which the case law of CJEU on the principle of non-discrimination and the free movement of persons of Articles 18 and 21 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) can be extended beyond the domain of international name law.⁹ The case law of the European Court on Human Rights (ECtHR) on the recognition of certain types of personal status decisions in the context of the right to family life of Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) plays a subordinate role in this distinction.¹⁰

4. The minority position was voiced by Gerard-René de Groot and Susan Rutten in 2004,¹¹ pursuant to the CJEU's ruling in *Garcia Avello*. In a slightly redacted English version of their Dutch contribution, De Groot pointed out that there was “no reason to assume that the importance of the decision in *re Garcia Avello* will be limited to conflicts in the field of names. Similar decisions can be expected with respect to the conflict and recognition rules in other matters of personal status, like affiliation, adoption, transsexuality, marriage and divorce.”¹² De Groot and Rutten were both associated with Maastricht University at that time. In the subsequent years, De Groot supervised the dissertations of Kees Saarloos, Jan-Jaap Kuipers and Olivier Vonk at Maastricht University, whom all paid a significant degree of attention to the interplay between the free movement provisions of the EU and private international law in the respective contexts of legal parentage,¹³ company law¹⁴ and dual nationality.¹⁵ We will refer to their position as the ‘Maastricht’ position, which reflects their (former) association with Maastricht University, as well as their specialized focus on the ramifications of primary EU law and the CJEU's case law for private international law.¹⁶

5. The majority position is based on a more restrictive interpretation of the CJEU's case law on the free movement provisions and the primacy of EU law vis-à-vis private international law in general. A.V.M. (Teun) Struycken more or less summarized the majority position by pointing out that “[t]he EC policy with regard to the immigration of third-country nationals happens to have an impact on Member State PIL related to marriage. The EC does not interfere with the Member States' rules of validity and recognition.”¹⁷ In other words, the effect of EU law on private international law is acknowledged, but

⁹ CJEU 7 June 1992, case C-369/90, *Micheletti*, EU:C:1992:295; CJEU 30 February 1993, case C-168/91, *Konstantinidis*, EU:C:1993:115; CJEU 2 October 2003, case C-148/02, *Garcia Avello*, EU:C:2003:539; CJEU 14 November 2008, case C-353/06, *Grunkin-Paul*, EU:C:2008:559; CJEU, 22 December 2010, case C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), EU:C:2010:806; CJEU 12 May 2011, case C-391/09, *Runevič-Vardyn*, EU:C:2011:291; CJEU 2 June 2016, case C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, EU:C:2016:401; CJEU 8 June 2017, case C-541/15, *Freitag*, EU:C:2017:432.

¹⁰ ECtHR 28 June 2007, nr. 76240/01, *Wagner & J.M.W.L. v. Luxemburg*; ECtHR 3 May 2011, nr. 56759/08, *Negropontis-Giannisis v. Greece*; ECtHR 26 June 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. France*; ECtHR, 26 June 2014, nr. 65941/1, *Labassee v. France*; ECtHR 24. January 2017, nr. 25358/12, *Paradiso u. Campanelli v. Italy*; ECtHR 14 December 2017, nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, *Orlandi et al. v. Italy*. However, see para. II.3 below.

¹¹ G.R. DE GROOT & S. RUTTEN, “Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personen- en familierecht”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2004, p. 273; G.R. DE GROOT, “Namenrecht op drift”, *Burgerzaken & Recht*, 2004, p. 212; G.R. DE GROOT, “Op weg naar een Europees IPR op het gebied van het personenrecht”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2004/6577, p. 360.

¹² G.R. DE GROOT, “Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, p. 115.

¹³ K.J. SAARLOOS, European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage, Maastricht, Océ Business Services, 2010, pp. 259-323.

¹⁴ J.J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 275-338. See G.R. DE GROOT, J.J. KUIPERS, “The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 109; J.J. KUIPERS, “Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private International Law”, *European Journal of Legal Studies*, nr. 2, 2008, p. 66.

¹⁵ O.W. VONK, Dual Nationality in the European Union: A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and the Municipal Law of Four EU Member States, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 127-163.

¹⁶ Thalia Kruger for example pointed out that Saarloos did not question the subsidiary role of EU law in the area of international family law when he argued that certain issues of legal parentage should be regulated by the EU. See T. KRUGER, “Review: European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage”, *Familie- en Jeugdrecht*, 2012/66.

¹⁷ A.V.M. STRUYCKEN, “Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 311, 2009, para. 134.

cannot be deemed to substitute national rules of private international law and neither should the case law of the CJEU be interpreted to that effect.¹⁸ Likewise, Paul Vonken,¹⁹ Paul Vlas²⁰ and Luc Strikwerda²¹ do not extend the reasoning in the CJEU's case law on names and/or companies beyond the free movement of persons and the freedom of establishment in the context of their discussions of the effect of EU law on Dutch private international law.²² In addition, Struycken,²³ Vonken²⁴ and Katharina Boele-Woelki²⁵ are particularly aware of the European discussion on mutual recognition, although they only mention that discussion in passing. We will refer to the position of these scholars as the 'internationalist' position, due to the fact that they tend to emphasize the importance of the Hague Conference of Private International Law (HCCH) and the Commission Internationale de l'État Civil (CIEC) as more appropriate venues to adopt (uniform) rules of private international law in some of the specific areas upon which the European legislator and the CJEU appear to encroach.²⁶

6. The distinction between the Maastricht position and the internationalist should not be over-exaggerated, as it mainly serves to highlight the reception of the case law of the CJEU. The Netherlands has always given full support to the HCCH and the CIEC,²⁷ even though the Dutch membership of the CIEC was terminated on 15 May 2018 due to the increasing role of the EU and the HCCH in similar fields.²⁸ More specifically, the Netherlands is a Contracting Party to 28 Hague Conventions and has ratified 21 CIEC Conventions that are and remain in force.²⁹ A significant number of the legal scholars mentioned above is a (former) member of the Standing Government Committee for Private International Law (*Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht*)³⁰ and/or the Advisory Committee for matters concerning civil status and nationality (*Commissie van Advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit*),³¹ which by their very nature endorse an internationalist orientation.

7. The Standing Government Committee serves as an advisory body to the Dutch government, parliament and senate on matters concerning private international law. In addition, it serves as an advisory body to the HCCH pursuant to the Statute of the Hague Conference on Private International Law.³²

¹⁸ Ibid., para. 133.

¹⁹ A.P.M.J. VONKEN, *Asser 10-I Algemeen deel IPR* (2nd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2018, para. 54-57.

²⁰ P. VLAS, *IPR en BW*, Deventer, Wolters Kluwer 2015, para. 20.

²¹ L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (11th edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2015, para. 100.

²² In specialized contributions on name law, the reasoning of the CJEU is not extended. See E.C. MACLAINE PONT, Partijautonomie in het 'nieuwe' internationale namenrecht, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, nr. 3, p. 447; F. IBILI, "Personenrecht: minderjarigheid, handelingsbekwaamheid, meerderjarigenbescherming en namenrecht", in: T.M. DE BOER, F. IBILI, *Nederlands internationaal personen- en familierecht* (2nd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2017, para. 3.4.

²³ A.V.M. STRUYCKEN, "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 311, 2009, par. 147.

²⁴ A.P.M.J. VONKEN, *Asser 10-I Algemeen deel IPR* (2nd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2018, para. 550.

²⁵ K. BOELE-WOELKI, "The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union", *Tulane Law Review*, 2008, pp. 1968-1969.

²⁶ See 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. 256, 1992, para. 43; A.V.M. STRUYCKEN, "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 311, 2009, para. 304; L. STRIKWERDA, S.J. SCHAAFSMA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (12th edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2019, para. 12; P. VLAS, *IPR en BW*, Deventer, Wolters Kluwer 2015, para. 10; A.P.M.J. VONKEN, *Asser 10-I Algemeen deel IPR* (2nd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2018, para. 96-98.

²⁷ A.V.M. STRUYCKEN, "The Codification of Dutch Private International Law: A Brief Introduction to Book 10 BW", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2014, p. 596.

²⁸ Parliamentary Documents 2016-2017, 34 774, A;1.

²⁹ See the Dutch member page on hcch.net and the list of signatures, ratifications and accessions by country on ciecl.org (last accessed on 14 October 2021).

³⁰ Instituted by Royal Decree of 20 February 1897, *Staatscourant* 1897, 46 and supplemented by the Act on the Standing Government Committee for Private International Law of 14 February 1998, *Staatsblad* 1998, 208.

³¹ Article 1:29 DCC.

³² See also D. VAN ITERSOM, "The Response of National Law to International Conventions and Community Instruments – the Dutch Example", *European Journal of Law Reform*, 2012, nr. 1, pp. 4-5.

The Advisory Committee used to be the Dutch section of the CIEC, but now mainly serves as an advisory body to the Registrars (*ambtenaar van de burgerlijke stand*) tasked with keeping the Registers of Civil Status (*registers van de burgerlijke stand*) and other public bodies, including the government, on legal questions concerning matters of personal status or nationality.³³ Both Committees were instrumental in the development of the Dutch rules for recognition due to their advisory roles, although the Dutch legislator tends to espouse an even more internationally-oriented position.

2. Legislative Awareness

8. The level of legislative awareness with respect to the European discussion on recognition should be regarded as intermediate, at least with respect to the decisions of the CJEU on international name law. After the CJEU's ruling in *Garcia Avello* in 2003, the Dutch Minister of Justice requested an advisory opinion from the Standing Government Committee on the effects of this ruling for Dutch private international law. The Committee responded on 18 June 2004 and advised the minister to only take those measures that the CJEU's ruling necessitated. The potential far-reaching consequences of the developments under EU law were not fully crystallized and the Committee therefore urged the Minister to await the CJEU's ruling in the pending case *Grunkin Paul*.³⁴ A change in the secondary legislation concerning the modification of surnames for Dutch nationals with a dual nationality was deemed sufficient to cover the consequences of *Garcia Avello* in the meantime, but no further changes were introduced pursuant to the CJEU's ruling in *Grunkin Paul*.³⁵ Moreover, with respect to the recognition of (changed) surnames of persons with a foreign nationality, the Dutch legislator simply observed that the relevant provisions of Dutch private international law were already in line with the case law of the CJEU.³⁶ In other words, changes were limited to what was deemed strictly necessary, even though the Dutch legislator is usually very cognizant of the effects of EU instruments on Dutch private international law. Nonetheless, new legislation has been proposed by the Dutch legislator in order to allow Dutch nationals with a dual nationality to choose their surname.³⁷

9. A key figure that helps to gauge the normal level of legislative awareness in the Netherlands is Dorothea van Iterson, who served as a legislative counsellor on private international law for the Dutch Ministry of Justice between 1982 and 2009.³⁸ According to Struycken, she is one of the driving forces behind the step-by-step codification of Dutch private international law up until its consolidation in Book 10 DCC in 2009.³⁹ Book 10 DCC consolidated twenty separate Private International Law (PIL) Acts that entered into force between 1980 and 2010, which PIL Acts in turn incorporated twenty international instruments concluded over the course of half a century.⁴⁰ According to van Iterson, the policy of the Dutch government has always been to accept multilateral instruments to the largest extent possible, including EU instruments and international conventions. Many of these instruments require some form of national

³³ 1:29b DCC. A Registrar that reasonably doubts whether a legal fact evidenced by a foreign public document can be registered in the Registers of Civil Status is obliged to ask advice from the Advisory Committee. See Article 1:29c DCC.

³⁴ Explanatory Memorandum to Book 10 DCC (*Kamerstukken II 2009-10*, 32 137, nr. 3), pp. 27-28.

³⁵ E.W.M. GUBBELS, "Naamrecht en IPR: enige opmerkingen", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2010/119, para. 3. A similar conclusion was reached in the report "Bouwstenen voor een nieuw naamrecht" of 2009, which was drafted by the Working group on the liberalization of name law (*Werkgroep liberalising naamrecht*) pursuant to a request of the Dutch Minister of Justice. The report was sent to Dutch parliament in July 2010. See Letter of the Minister of Justice (*Kamerstukken II 2009-10*, 21 123 VI, nr. 121, *Blg.* 74 735).

³⁶ Explanatory Memorandum to Book 10 DCC, p. 29. See para. III.4 below.

³⁷ See E.C.C. PUNSELIE, "Komt de dubbele naam in zicht?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2019/30.

³⁸ D. VAN ITERSON, "De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van het familierecht", in: T.M. DE BOER (ed.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer, Kluwer 2011, p. 231.

³⁹ A.V.M. STRUYCKEN, "Boek 10 BW – een grote stap in de codificatie van het internationaal privaatrecht: Achtergronden en enige kanttekeningen", *Vermogensrechtelijke analyses*, 2011, nr. 2, p. 34.

⁴⁰ See for the full list of international instruments and national PIL Acts K. BOELE-WOELKI, D. VAN ITERSON, "The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities", *Electronic Journal of Comparative Law*, December 2010, para. 3.1-3.3.

implementation measures in order to incorporate them in the Dutch legal order, irrespective of whether the instrument contains rules that take precedence over the national provisions of private international law. However, whereas some legal systems distinguish between the national rules that aim to give effect to an international instrument and the national rules that deal with subjects that are not (yet) governed by an international instrument, the Dutch national rules of private international law, as enacted through separate PIL Acts, developed in parallel with the incorporation of international instruments.⁴¹ National codification is therefore regarded as complementary to EU and other international instruments and ought to ensure the coherence between rules from various national, European and international sources.⁴² A certain degree of scepticism with respect to recent European developments can nonetheless be observed.

10. The incorporation of various international instruments in Dutch private international law often led to the adoption of broad national provisions on recognition. The incorporation of CIEC Convention (No. 11) on the recognition of decisions relating to the matrimonial bond and the Hague Divorce Convention⁴³ for example led to the adoption of liberal national rules for the recognition of foreign divorces.⁴⁴ In contrast, the implementation measures that were taken with respect to Regulation (EU) 2016/1191 on the free circulation of public documents do not go beyond the appointment of a Central Authority as required by Article 15.⁴⁵ The response of the Dutch government to the European Commission's 2010 Green Paper on less bureaucracy was already rather negative.⁴⁶ According to the Dutch government, the TFEU contained no legal basis to harmonize the substantive family law provisions of the EU Member States and the cross-border aspects should rather be discussed in the context of the HCCH and the CIEC. In other words, the European Commission should stick to the principle of subsidiarity and promote co-operation, rather than impose regulation.⁴⁷ Moreover, due to the perception that the Dutch rules for recognition are more liberal than the rules in other Member States, some European developments tend to be considered as a step backwards with respect to Dutch private international law.⁴⁸

3. Judicial and Administrative Awareness

11. The judicial and administrative awareness of the CJEU's case law regarding the recognition of names is intermediate in the sense that the Dutch courts invoke the CJEU's rulings in *Garcia Avello* and/or *Grunkin Paul* in order to afford Dutch nationals with a dual nationality a right to choose the law that determines their surname, but do not extend the reasoning of the CJEU beyond this specific domain.⁴⁹ In practice, the implementation of the right to choose entails that the courts refuse to correct documents in which the law of a different EU Member State was applied to determine the surname of a Dutch national. Moreover, the authorities who are competent to request such a correction will in such cases often refuse to submit such a request to the Registrar.⁵⁰

12. In addition, the courts tend to invoke Article 8 ECHR as a balancing argument in order to accept a status that is not otherwise recognized. Article 8 ECHR was for example invoked to allow the applicants to choose the surnames of their children in a uniform manner, which was not be possible in the

⁴¹ D. VAN ITERSOM, "The Response of National Law to International Conventions and Community Instruments – the Dutch Example", *European Journal of Law Reform*, 2012, nr. 1, pp. 4-6.

⁴² *Ibid.*, pp. 7-8.

⁴³ Convention on the recognition of divorces and legal separations (Hague Divorce Convention).

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁴⁵ Act of 28 April 2018, *Staatsblad* 2018, 162.

⁴⁶ COM(2010) 747 def.

⁴⁷ Letter of the State Secretary 7 April 2011, pp. 10-14.

⁴⁸ D. VAN ITERSOM, "De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van het familierecht", in: T.M. DE BOER (ed.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer, Kluwer, 2011, pp. 244-245.

⁴⁹ See for example Rechtbank Amsterdam 23 September 2009, NL:RBAMS:2009:BK1836.

⁵⁰ E.W.M. GUBBELS, "Naamrecht en IPR: enige opmerkingen", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2010/119, para. 3.

absence of a CIEC convention that governed the matter.⁵¹ In addition, Article 8 ECHR has been invoked in the context of surrogacy cases to establish filial relations if recognition of the birth certificate itself was deemed incompatible with public order, e.g. because a different mother is recorded or no mother is recorded at all, despite the existence of family life.⁵² Recognition of the birth certificate would in such cases violate Article 7-8 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC).⁵³ The mere existence of family life, however, is not by itself sufficient to establish filiation.⁵⁴

13. Lastly, courts tend to invoke Article 3 UNCRC in the context of foreign adoption decisions that concern two prospective parents who were habitually resident in the Netherlands at the time that the adoption decision was taken, if the requirements for recognition are not met.⁵⁵ The court may consider various factors, including the best interests of the child and the extent to which the prospective parents sought to evade the rules of the Dutch Adoption Act (*Wet opnemng buitenlandse kinderen*),⁵⁶ and nonetheless recognize the foreign adoption,⁵⁷ or establish an adoption under Dutch law pursuant to Articles 1:227 and 1:228 DCC.⁵⁸ However, the recognition of foreign adoptions has been suspended since 8 February 2021.⁵⁹

4. Blissful ignorance

14. Dutch private international law is not necessarily oblivious to the European discussion on the recognition of personal status established abroad. The common stance is perhaps best described as blissful ignorance, due to the fact that virtually all rules for the recognition of personal status were adopted before 2004 and only minor changes were adopted thereafter. As will be demonstrated below, the Dutch rules for recognition were designed to favour the recognition of a status validly established abroad, unless recognition would be incompatible with public order. The issues concerning the recognition of filial relations in the context of surrogacy and adoption are currently addressed in the context of the HCCH project on parentage/surrogacy,⁶⁰ which might entail new national legislative developments in the near-future. Nonetheless, the Dutch system has its own flaws in terms of its complexity.

III. Development and structure of the Dutch rules for recognition

15. Dagmar Coestjer-Walten stated that the Swiss and Dutch rules for recognition may serve as a source of inspiration with respect to the recognition of legal situations evidenced by documents, alongside the CIEC and HCCH conventions. Nonetheless, she submits that:

⁵¹ Rechtbank Gelderland 15 November 2017, NL:RBGEL:2017:6847.

⁵² Rechtbank Den Haag 16 January 2016, NL:RBDHA:2016:417; Rechtbank Den Haag 24 October 2011, NL:RBSGR:2011:BU3627; Rechtbank Den Haag 14 September 2009, NL:RBSGR:2009:BK1197

⁵³ Hoge Raad 13 March 2016, NL:HR:2016:452.

⁵⁴ Hoge Raad 26 September 2008, NL:HR:2008:BD5517.

⁵⁵ Article 10:109 DCC. See para. III.6 below.

⁵⁶ Act of 8 September 1998, *Staatsblad* 1988, 566.

⁵⁷ Rechtbank Den Haag 5 December 2012, NL:RBSGR:2012:BY5179.

⁵⁸ Rechtbank Noord-Nederland 16 March 2011, NL:RBNNE:2014:6832; Hof Den Haag 14 November 2012, NL:GHSGR:2012:BZ6329; Rechtbank Noord-Holland 20 February 2013, NL:RBNHO:2013:9811; Rechtbank Noord-Holland 26 September 2018, NL:RBNHO:2018:8259. See A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 513.

⁵⁹ A report drafted by an external committee spearheaded by Tjibbe Joustra highlighted the abusive practices surrounding foreign adoptions and the systemic vulnerabilities of the current legislative framework. Consequently, the Minister of Justice suspended the recognition of foreign adoptions in anticipation of new legislation. See Letter of the Minister of Justice (*Kamerstukken II* 2020-21, 31265, nr. 79) and the accompanying report by the Commissie onderzoek interlandelijke adoptie (*Blg.* 968997).

⁶⁰ See S. RUTTEN, "Het Haagse project over afstamming en internationaal draagmoederschap; the Parentage/Surrogacy Project", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2019/54. Rutten participates in the HCCH Expert Group that was initiated in 2015 on behalf of the Netherlands

“the mix of conflict rules, substantive and procedural standards, limitations on the scope of recognition with regard to the types of documents and the authorities competent to issue the respective documents, as well as the grounds for refusal of recognition, make a systematic and convincing approach (acceptable as a method of private international law) very difficult.”⁶¹

The above quote applies to the recognition of foreign legal situations established pursuant to a decision. The difficulty to discern a systemic approach in fact results from the policy of the Dutch legislator to accept multilateral instruments to the largest extent possible,⁶² which provided the initial trigger to adopt the national rules for recognition that are currently reflected in Titles 2 to 6 of Book 10 DCC.⁶³ We will discuss the international background of these rules, as well as their interplay with international instruments as a preliminary matter, before we address the relevant underlying PIL Acts.

1. General observations

16. The rules for the recognition of names, marriage, divorce, registered partnerships, family relations and adoptions in Book 10 DCC are derived from the PIL Acts on Divorce,⁶⁴ Marriage,⁶⁵ Names,⁶⁶ Descendance,⁶⁷ Adoption⁶⁸ and Registered Partnerships,⁶⁹ which were enacted between 1981 and 2004. The structure of these PIL Acts was transposed to Book 10 DCC and their order was re-arranged, but their provisions were not significantly modified.⁷⁰ Each PIL Act introduced conflict rules to determine the applicable law to establish a certain type of legal status in the Netherlands, as well as rules for the recognition of a foreign legal status that was validly established by, or under the supervision of a competent authority in the state of origin.⁷¹ Most of these rules are in turn derived from a corresponding HCCH and/or CIEC convention.

17. The PIL Acts on Divorce, Marriage, Names and Adoption implement, transpose and/or complement the Hague Divorce Convention, the Hague Marriage Convention⁷² and the Hague Adoption Convention,⁷³ as well as the CIEC Convention (No. 11) on the recognition of decisions relating to the matrimonial bond and Convention (No. 19) on the law applicable to names and surnames up to various extents. The PIL Act on Descendance equally gave effect to several CIEC conventions,⁷⁴ although the provisions for recognition of the PIL Acts on Names, Descendance and Registered Partnerships were modelled on the existing rules in the PIL Acts on Divorce and Marriage.⁷⁵ The link between the PIL Acts and their corresponding international instruments, if any, remained intact and is explicit in the context

⁶¹ D. COESTER-WALTJEN, “Recognition of legal situations evidenced by documents”, in: J. BASEDOW ET AL. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 1495, 1505.

⁶² See para. II.2. above.

⁶³ The relevant titles are Title 2 (names), Title 3 (marriage), Title 4 (registered partnership), Title 5 (descendance) and Title 6 (adoption), which structure expressly mirrors the structure of Book 1 DCC.

⁶⁴ PIL Act on Divorce (*Wet conflictenrecht echtscheiding*), Act of 25 March 1981, *Staatsblad* 1981, 166

⁶⁵ PIL Act on Marriage (*Wet conflictenrecht huwelijk*), Act of 7 September 1989, *Staatsblad* 1989, 392.

⁶⁶ PIL Act on Names (*Wet conflictenrecht namen*), Act of 3 July 1989, *Staatsblad* 1989, 288, amended by the Act of 24 December 1998, *Staatsblad* 1999, 2.

⁶⁷ PIL Act on Descendance (*Wet conflictenrecht afstamming*), Act of 14 March 2002, *Staatsblad* 2002, 153.

⁶⁸ PIL Act on Adoption (*Wet conflictenrecht adoptie*), Act of 3 July 2003, *Staatsblad* 2003, 283.

⁶⁹ PIL Act on Registered Partnerships (*Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap*), Act of 6 July 2004, *Staatsblad* 2004, 334.

⁷⁰ Explanatory Memorandum to Book 10 DCC, p. 5.

⁷¹ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 396.

⁷² Convention on the Celebration and Recognition of the Validity of Marriage (Hague Marriage Convention).

⁷³ Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (Hague Adoption Convention).

⁷⁴ The relevant conventions include CIEC Convention (Nr. 6) on the establishment of maternal descent of natural children; (Nr. 12) on legitimation by marriage; and (Nr. 18) on the voluntary acknowledgment of children born out of wedlock.

⁷⁵ See para. III.4-III.6 below.

of the Titles on names,⁷⁶ marriage (including divorce),⁷⁷ and adoption⁷⁸ in Book 10 DCC. Moreover, the Brussels IIbis Regulation takes precedence over the Dutch national rules for recognition of foreign divorce decisions,⁷⁹ whereas the Hague Adoption Convention takes precedence over the national rules for the recognition of adoption decisions.⁸⁰ The national provisions for the recognition of divorce and marriage, however, apply notwithstanding the Hague Divorce Convention and the Hague Marriage Convention, as the Dutch legislator decided to adopt more favourable rules for recognition.⁸¹

18. In general, the characterization of the Dutch rules for recognition as a mix of conflict rules, substantive and procedural standards, as well as limitations on the scope of recognition is correct, which results from the national and international developments briefly outlined above. We will discuss the underlying PIL Acts in order of enactment to highlight some of the historical intricacies involved in that process.

2. Divorce

19. The PIL Act on Divorce was introduced in 1981, following the ratification of the Hague Divorce Convention and the Luxembourg Convention. The national rules for recognition were intended to supplement these conventions, although the Dutch legislator equally took into account existing case law, which differentiated between foreign divorce decrees that involve Dutch nationals,⁸² one Dutch national⁸³ or foreign nationals.⁸⁴ The distinction between Dutch and foreign nationals was ultimately levelled, as a special regime for Dutch nationals was deemed incompatible with the liberalization of Dutch divorce law in 1971. The requirements for recognition of a foreign divorce were limited to an examination of the international competence of the foreign authority, as well as whether the procedure followed by that authority complies with basic procedural standards, in conformity with international developments.⁸⁵ Article 10:57(1) DCC in this respect provides that:

(1) A divorce or legal separation decreed outside the Netherlands after a proper administration of justice is recognized in the Netherlands if it has been decreed by a decision of a court or other authority to whom jurisdiction has been granted.

⁷⁶ Article 10:18 DCC (CIEC Convention (Nr. 19) on the law applicable to names and surnames).

⁷⁷ Article 10:27 (Hague Marriage Convention) and 10:54 DCC (Hague Divorce Convention & CIEC Convention (Nr. 11) on the recognition of decisions relating to the matrimonial bond).

⁷⁸ Article 10:107 (Hague Adoption Convention).

⁷⁹ 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 (OJ L 338/1, 23.12.2003).

⁸⁰ Article 10:107 DCC. The national rules for the recognition of adoption decisions were mainly designed to complement the Convention, Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, p. 5.

⁸¹ See para. III.2-III.3 below.

⁸² A divorce obtained abroad involving two Dutch nationals was recognized if it was decreed by a competent authority on similar grounds as provided by the Dutch rules for divorce. See Hoge Raad 24 November 1916, *Nederlandse Jurisprudentie* 1917/5; Hoge Raad 4 March 1965, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996/132; Hoge Raad 9 december 1965, *Nederlandse Jurisprudentie* 1966/378. The Dutch government observed that the lower courts did not apply the aforementioned standard strictly, nor was it unequivocally accepted in legal doctrine. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce (*Kamerstukken II* 1979-80, 16 004, nr. 3), pp. 6-7.

⁸³ The standard mentioned in the previous footnote above initially also extended to situations where only one Dutch national was involved, although such divorces were often recognized if they were decreed by a competent foreign authority. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 7.

⁸⁴ A divorce that involves only foreign national was generally subjected to the requirements that it was decreed by a competent foreign authority and established pursuant to a proper procedure. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 8.

⁸⁵ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 18. The Standing Government Committee advised the legislator to maintain the rule that a divorce obtained abroad by Dutch nationals should be based on a similar ground for divorce as provided by Dutch law as a precondition for recognition, but later changed its position.

20. Article 10:57(1) DCC is formulated in a rather broad manner.⁸⁶ The authority that decrees the divorce does not have to be a court, but may equally be an administrative, ecclesial or other religious authority, provided that it assumed its competence on an internationally accepted ground for jurisdiction. Moreover, a unilateral dissolution of marriage facilitated by, or subject to the supervision of a public or religious authority is equally characterized as a divorce for the purpose of this provision,⁸⁷ which allows for the recognition of a Moroccan *tatliq, talaq, khul'* and *mubarah*.⁸⁸ In either case, the divorce must have been decreed pursuant to some form of procedure or supervision,⁸⁹ although a divorce that does not meet the criteria of Article 10:57(1) DCC can still be recognized under Article 10:57(2) DCC, provided that the former spouses explicitly or tacitly consented to the divorce, or clearly accepted the divorce. The Standing Government Committee proposed that a divorce validly decreed abroad should be accepted as a *fait accompli*, in order to avoid limping marriages, in particular if both of the former spouses do not contest the divorce. In addition, the adoption of a specific rule for (informal) repudiation was proposed and accepted for similar reasons.⁹⁰ Article 10:58 DCC therefore provides that:

A dissolution of a marriage that has been proclaimed outside the Netherlands solely by means of a unilateral declaration by one of the spouses shall be recognized if:

- a. the dissolution of the marriage in this form reflects the national law of the spouse who has dissolved the marriage one-sided;*
- b. the dissolution has legal effect in the State where it took place, and;*
- c. it is apparent that the other spouse explicitly or tacitly has consented to or has accepted the dissolution of the marriage.*

21. The predecessor of Article 10:58 DCC only applied in the context of repudiation in the traditional sense, i.e. by the male spouse,⁹¹ but was formulated in a gender-neutral manner pursuant to its transposition to Book 10 DCC.⁹² However, Article 10:58 DCC only applies in the absence of any form of procedural supervision by a religious or public authority. The Dutch national rules for the recognition of foreign divorces are in this respect based on a principle of *favor divortii* and aim to avoid limping marriages.⁹³ Recognition on the basis of Article 10:57 or 10:58 DCC can in any case be withheld if recognition of the divorce or unilateral dissolution would be manifestly incompatible with Dutch public order, which is now codified in Article 10:59 DCC.⁹⁴

3. Marriage

22. The PIL Act on Marriage was introduced in 1989, following the ratification of the Hague Marriage Convention. The Dutch legislator decided to bring the national provisions on the private international law aspects of marriage as much as possible in line with the general principles on which the Hague Marriage Convention is based, including the rules for the recognition of marriages celebrated

⁸⁶ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 202.

⁸⁷ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 17.

⁸⁸ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 200-205.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 199.

⁹⁰ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 10.

⁹¹ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 19.

⁹² Explanatory Memorandum to Book 10 DCC, p. 45.

⁹³ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 202.

⁹⁴ The PIL Act on Divorce did not contain an explicit, codified public order exception. The legislative history mainly referred to general principles. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Divorce, p. 19. The public order exception was codified when the PIL Act on Divorce was transposed to Book 10 DCC. See Explanatory Memorandum to Book 10 DCC, p. 45.

abroad, notwithstanding the universal scope of Chapter II of that Convention.⁹⁵ Article 10:31 DCC is almost an exact copy of Articles 9 and 10 of the Hague Marriage Convention:

- (1) *A marriage that is contracted outside the Netherlands and that is valid under the law of the State where it took place or that has become valid afterwards according to the law of that State, is recognised in the Netherlands as a valid marriage.*
- (2) *A marriage contracted outside the Netherlands in front of a diplomatic or consular civil servant in accordance with the requirements of the law of the State that is represented by this civil servant, is recognized in the Netherlands as a valid marriage, unless it was not allowed to contract such a marriage in the State where the marriage took place.*
- (3) *For the purposes of paragraph 1 and 2, the word ‘law’ includes rules of private international law.*⁹⁶
- (4) *A marriage is presumed to be valid if a marriage certificate has been issued by a competent authority.*

23. A marriage certificate that was issued by a competent foreign authority, including religious authorities, presumptively establishes the validity of the marriage, absent evidence to the contrary. In principle, the recognizing authority does not have to establish whether the marriage was valid according to the law of the place where it was celebrated, although additional documents may be requested if the validity of the marriage is disputed.⁹⁷ Moreover, the requirement that the marriage is valid according to ‘the law of the state where it was celebrated’ under Article 10:31(1) DCC includes the uncodified (religious) law of that State, provided that such marriages are valid in that state.⁹⁸ In addition, even informal marriages that are valid according to the law of the state where they were established can be recognized on the basis of Article 10:31(1) DCC,⁹⁹ notwithstanding the fact that informal marriages are excluded by Article 8 of the Hague Marriage Convention. The legislator decided to utilize the option provided by Article 13 of the Hague Marriage Convention to adopt more favourable rules for recognition and equally recognize the types of marriage excluded by the Hague Marriage Convention.¹⁰⁰ However, recognition is not unconditional.

24. Article 10:32 DCC provides that a marriage celebrated abroad shall not be recognized if its recognition is manifestly incompatible with Dutch public order; and in any case if one of the spouses at the time that the marriage was celebrated:

- (a) *was already married or entered into a registered partnership with a Dutch national, is a Dutch national itself or was habitually resident in the Netherlands, unless the earlier marriage or registered partnership was dissolved or annulled;*
- (b) *was directly related to the other spouse in the direct line or the brother or sister of that spouse, by blood or by adoption, unless the familial ties were broken due to the absence of a biological relationship or the revocation of the adoption decision;*
- (c) *had not attained the minimum age of eighteen required for marriage, unless both spouses reached that age at the time the recognition of the marriage is requested;*
- (d) *did not have the mental capacity to consent, unless that mental capacity is present at the time that recognition of the marriage is requested and explicitly consents to the recognition of the marriage; or*

⁹⁵ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Marriage (*Kamerstukken II* 1987-88, 20 507, nr. 3), p. 1-2.

⁹⁶ Article 10:31(3) DCC is an interpretative provision. Unlike the Hague Marriage Convention, Dutch private international law excludes *renvoi*. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Marriage, p. 8; A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 106.

⁹⁷ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 107-112. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 Februari 2014, NL:GHARL:2014:822; Rechtbank Midden-Nederland 19 June 2015, NL:RBMNE:2015:4394; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 July 2015, NL:GHARL:2015:7802.

⁹⁸ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 100.

⁹⁹ *Ibid.*, para. 101.

¹⁰⁰ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Marriage, pp. 1-2, 8. The Dutch legislator simply saw no good reasons to exclude these types of marriage from the scope of recognition.

(e) *did not freely consent to the marriage, unless that spouse expressly consents to the recognition of the marriage.*

The imperative grounds for non-recognition listed in paragraphs above were not included in the PIL Act on Marriage,¹⁰¹ nor introduced pursuant to the transposition of that Act to Book 10 DCC,¹⁰² despite the fact that they reminiscence the facultative grounds for non-recognition in Article 11 of the Hague Marriage Convention.¹⁰³ Notwithstanding the idea of *favor matrimonii* that underlies the rules for the recognition of marriages celebrated abroad, the legislator decided to adopt these imperative grounds in the context of the broader Act against forced marriages in 2015.¹⁰⁴ As far as child marriages are concerned, the Dutch Minister of Justice has adopted a restrictive position on their recognition.¹⁰⁵ In addition, sham marriages are deemed incompatible with public order, whereas same-sex marriages are recognized under Article 10:31 DCC since their introduction in Dutch law in 2001.¹⁰⁶

25. Lastly, Article 10:33 DCC provides that Articles 10:31 and 10:32 DCC shall apply even where the recognition of the validity of a marriage is to be dealt with as an incidental question in the context of another question, which mirrors Article 12 of the Hague Marriage Convention and aims to avoid that different rules are applied to determine the validity of a marriage celebrated abroad.¹⁰⁷

4. Names

26. The impact of the case law of the CJEU on the principle of non-discrimination and the free movement of persons of Articles 18 and 21 TFEU is felt most prominently within this specific area of Dutch private international law.¹⁰⁸ In particular, the conflict rules that were initially introduced in the PIL Act on Names for cases involving a Dutch national with a dual nationality are still incompatible with the CJEU's ruling in *Garcia Avello* (A). The rule for recognition, which was introduced pursuant to an amendment to the PIL Act on Names, instead preceded the CJEU's rulings in *Grunkin Paul*. However, it must be noted that the Dutch Supreme Court blurred the line between the conflict rule and the rule for recognition with respect to Dutch nationals (B).

A) The PIL Act on Names and its provision on Dutch and dual nationality

27. The PIL Act on Names was introduced in 1989 to incorporate CIEC Convention (No. 19) on the law applicable to names and surnames and initially only established conflict rules based on nationa-

¹⁰¹ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Marriage, pp. 8-9.

¹⁰² Explanatory Memorandum to Book 10 DCC, p. 33.

¹⁰³ The grounds for non-recognition listed in Article 11 of the Hague Marriage Convention were deemed incomplete and already implied in the general public order exception or Article 14 of the Convention. A general, but restrictive public order exception was adopted consequently.

¹⁰⁴ Act against forced marriages (*Wet tegengaan huwelijksdwang*), Act of 7 October 2015, *Staatsblad* 2015, 354. See Explanatory Memorandum (*Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 488, nr. 3), pp. 10-14.

¹⁰⁵ See Letter of the Minister of Justice (*Kamerstukken II* 2019-20, 33863, nr. 47). Foreign child marriages should in principle not be recognised according to the Minister, unless exceptional circumstances mandate recognition. See for example *Rechtbank Oost-Brabant* 19 November 2019, NL:RBOBR:2019:7023. The case concerned the recognition of a child marriage celebrated in Eritrea. Notwithstanding the claim of the female spouse that she was married, a formal declaration to that effect and its subsequent registration in the Dutch Registers of Civil Status, the court denied recognition of the marriage on the basis of Article 10:32(c) DCC.

¹⁰⁶ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 116.

¹⁰⁷ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Marriage, pp. 9-10. See *Rechtbank Zeeland-West Brabant* 3 December 2019, NL:RBZWB:2019:6036. In the latter case, the court had to determine whether a marriage celebrated in Kenya was recognised in the Netherlands on the basis of Article 10:31 DCC in order to reach a decision on the law governing its annulment.

¹⁰⁸ See para II.2 and II.3 above.

lity, similar to Article 1 of the Convention.¹⁰⁹ However, unlike the Convention, the PIL Act also provided a rule for Dutch nationals with a dual nationality, which is currently reflected in Article 10:20 DCC:

The surname and the forenames of a person of Dutch nationality shall be determined by Dutch law, irrespective of any other nationality that the person possesses. This rule equally applies if foreign law is applicable to the familial relationship and the existence or ending of that relationship may have effect on the surname

The limitation to Dutch law in cases of dual nationality was generally deemed acceptable and in line with existing case law at the time when the PIL Act on Names was enacted.¹¹⁰ Nonetheless, in the light of the CJEU's ruling in *Garcia Avello*, Article 10:20 DCC is in all likelihood incompatible with Articles 18 and 21 TFEU, which has attracted wide support in legal doctrine and judicial practice.¹¹¹ A minor modification was made to the Decree on the change of surnames, but in effect only applies for Dutch nationals, the scope of application is limited to minors and the option to choose the applicable law is severely restricted.¹¹² However, this provision only applies whenever a name or surname has to be established in the Netherlands, at least in principle.

B) The amended PIL Act on Names and its provision for recognition

28. The provision for the recognition of names acquired or changed abroad was introduced in 1998. The Dutch legislator observed that in practice, the names and surnames evidenced in a foreign civil status document were usually registered as evidenced by that document, notwithstanding the law pursuant to which the name was established. A specific rule for the recognition of names evidenced by such documents would consolidate existing registration practices, in addition to being congruent with the “growing trend” to recognize a legal status established abroad in other areas of Dutch private international law.¹¹³ Article 10:24(1) DCC therefore currently provides that:

When the surname or forenames of a person have been recorded at the occasion of a birth outside the Netherlands or have been changed as a result of a change made in the civil status of that person outside the Netherlands, and the surname or forenames have been laid down in a certificate drawn up for this purpose by a competent authority in accordance with local regulations, then such recorded or changed surname or forenames shall be recognized in the Netherlands. Such recognition cannot be refused as being incompatible with public order on the sole ground that another law has been applied than the law that would have been applicable pursuant to the provisions of the Dutch Civil Code.

29. Article 10:24 DCC applies indiscriminately to Dutch and foreign nationals, for which reason the CJEU's rulings in *Grunkin Paul* and *Sayn-Wittgenstein* were not particularly spectacular from a Dutch point of view.¹¹⁴ Moreover, the conditions for recognition in fact closely resemble the conditions

¹⁰⁹ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Names (*Kamerstukken II* 1987-88, 20 213, nr. 3), p. 1.

¹¹⁰ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Names, p. 2. Several years prior to the enactment of the PIL Act on Names, the Hoge Raad held that “*in the interest of the administrability of name law and the legal certainty that it requires, it must be assumed that the authorities of every State apply the law of that State with respect to their own nationals. The question under which name a person who possesses the Dutch nationality should participate in the Dutch legal order, should therefore be answered in accordance with Dutch law, even if that person additionally possesses a foreign nationality, irrespective of its effective nationality.*” See Hoge Raad 1 November 1985, *Nederlandse Jurisprudentie* 1986/603, para. 3.1.

¹¹¹ A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 63. See also para. II.1 and II.2 above.

¹¹² Decree on the change of surnames, Act of 6 October 1997 (*Besluit geslachtsnaamswijzing*), *Staatsblad* 2004, 239. See E.C. MACLAINE PONT, Partijautonomie in het ‘nieuwe’ internationale namenrecht, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, nr. 3, para. 3.1-3.4.

¹¹³ Explanatory Memorandum to the amended PIL Act on Names (*Kamerstukken II* 1997-98, 25 971, nr. 3), 2-3.

¹¹⁴ D. VAN ITERSON, “De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van het familierecht”, in: T.M. DE BOER (ed.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer, Kluwer 2011, pp. 239-240. See para. II.1.

for the registration of foreign birth and marriage certificates in the Dutch registers of civil status, which must have been issued by a competent foreign authority in conformity with its local regulations.¹¹⁵ The link between recognition and registration became evident in two cases that were decided in 2008 and 2009 by the Supreme Court.

30. The first case, commonly known as the *Hungarian Marriage* case,¹¹⁶ arose in the context of the registration of a marriage certificate issued by the Hungarian authorities, which concerned two Dutch nationals. In accordance with Hungarian regulations, the surname of the woman was changed into the surname of the husband on the marriage certificate. The changed surname was automatically recognized pursuant to Article 10:24 DCC and changed upon registration, even though the woman wanted to retain her Dutch surname. The Supreme Court ultimately held that:

*“if a Dutch national, who is habitually resident in the Netherlands, requests the registration of foreign marriage certificate, it cannot be accepted in general that the interested person expect that, in derogation of Dutch law that is applicable pursuant to Article 10:20 DCC, its surname has been changed pursuant to the marriage. If the foreign marriage certificate evidences that its surname was changed, the changed surname can be registered in accordance with Article 10:24 DCC, provided that the person accepts the change of surname. If the interested person declares not to accept the change of surname, the civil registrar shall not change the surname. In order to promote legal certainty, this choice can only be made upon registration of the foreign marriage certificate and the choice must be registered pursuant to a declaration signed by the interested party.”*¹¹⁷

The Supreme Court stated that Article 10:24 DCC establishes the competence to register a name evidenced by a foreign document, rather than an obligation that cannot be derogated from, except if registration would be incompatible with public order.¹¹⁸ Moreover, Article 10:24(1) DCC should be considered as an expression of the principle of *fait accompli*,¹¹⁹ which derogates otherwise applicable conflict rules if the interested party legitimately expected its surname to have been changed in accordance with foreign law.¹²⁰ In the second case, which was based on virtually identical facts, the Supreme Court confirmed its ruling in the *Hungarian Marriage* case.¹²¹

31. The ruling in the *Hungarian Marriage* case has been criticised for blurring the distinction between a status that is established in the Netherlands and a status established abroad,¹²² although the fact that it facilitates party autonomy in line with case law of the CJEU has been welcomed.¹²³ Nonetheless, Article 10:24 DCC was principally inspired by Dutch case law, administrative practice and existing

¹¹⁵ Article 1:25 DCC.

¹¹⁶ Hoge Raad 26 September 2009, *Hungarian Marriage*, NL:HR:2008:BD5517

¹¹⁷ *Ibid*, para. 3.4.4.

¹¹⁸ *Ibid*, para. 3.4.2

¹¹⁹ The *Hungarian Marriage* case was decided before Book 10 DCC was drafted. The principle of *fait accompli* should not be confused with the *fait accompli*-exception of Article 10:9 DCC. As pointed out by Vonken and Ibili, the *fait accompli*-exception serves to correct the outcome of the application of a conflict rule, rather than a rule for recognition. See A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 74. Article 10:9 DCC in this respect provides that: *Where a fact has certain legal effects under the law that is applicable according to the private international law of a foreign State involved, a Dutch court may, even when the law of that foreign State is not be applicable according to Dutch conflict rules, attach the same legal effects to that fact, as far as a non-attachment of these legal effects would be an unacceptable violation of the parties' justified confidence or of legal certainty.*

¹²⁰ Hoge Raad 26 September 2009, *Hungarian Marriage*, NL:HR:2008:BD5517, para. 3.4.3.

¹²¹ Hoge Raad 10 July 2009, NL:HR:2009:BI0462, para. 3.4. The marriage was celebrated in New York and the surname of the woman was changed in accordance with the local regulations of New York, but this case is in all other aspects similar to the *Hungarian Marriage* case.

¹²² A.P.M.J. VONKEN, F. IBILI, *Asser 10-II Internationaal personen-, familie- en erfrecht* (3rd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2021, para. 57.

¹²³ *Ibid*, para. 66. See also E.C. MACLAINE PONT, “Partijautonomie in het ‘nieuwe’ internationale namenrecht”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, nr. 3, para. 6.3.

legislation, including the rule for recognition in the Hague Marriage Convention and the PIL Act on Marriage, rather than EU obligations.¹²⁴

5. Filiation

32. The PIL Act on Filiation was introduced in 2002 and was considered to codify one of the most difficult fields of private international law, in particular due to a lack of case law or legal doctrine to support legal practice.¹²⁵ The Dutch legislator observed that the question how foreign decisions and legal facts that establish filial relations – such as the recognition of a child, acts of legitimation or a judicial decision that establishes paternity, etc. – should be considered under Dutch law was a matter of great practical significance, in particular for Registrars and other civil servants tasked with registration who are confronted with such questions on a daily basis. The recognition of filial relations principally takes place in the context of registration by the Registrar and the registration of a foreign status in principle confirms its recognition.¹²⁶ The legislator explicitly questioned whether Dutch conflict rules should be applied in such matters, which was proposed by the Standing Government Committee for some forms of legal status, but explicitly rejected by the legislator.¹²⁷

33. The Dutch legislator instead established two rules for the recognition of filial relations that facilitate the recognition of judicial decisions and public documents, notwithstanding the law that has been applied to establish the status. Article 10:100 therefore establishes that:

- (1) *A foreign irrevocable judicial decision, which, on the basis of filiation, established or changed family relations, is recognized in the Netherlands by operation of law, unless:*
 - a. *the jurisdiction of the court was apparently not based on a sufficient connection with the legal sphere of its State;*
 - b. *no proper investigation or proper administration of justice preceded the decision, or;*
 - c. *the recognition of that decision would be manifestly incompatible with public order.*
- (2) *The recognition of the foreign judicial decision cannot be refused on the ground of incompatibility with public order, not even when a Dutch citizen is involved, on the sole ground that another law has been applied to this decision than the law which would have been applicable according to the provisions of the present Title.*
- (3) *The foreign judicial decision is not recognized if it is incompatible with a final and binding judicial decision of a Dutch court that concerns the establishment or alteration of the same legal familial relationships.*
- (4) *The preceding paragraphs do not affect the application of the Convention referred to in Article 10:98(1).*¹²⁸

Whereas Article 10:101 DCC provides that:

- (1) *The provisions of Article 10:100(1)(b)-(c), (2) and (3) apply accordingly to foreign legal facts and foreign legal acts that, on the basis of filiation, established or changed family relations, provided that these facts or acts have been laid down in a certificate issued by a competent authority in accordance with local regulations.*

¹²⁴ D. VAN ITERSOM, “De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van het familierecht”, in: T.M. DE BOER (ed.), *Strikwerda’s Conclusies*, Deventer, Kluwer 2011, pp. 239-240.

¹²⁵ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Filiation (*Kamerstukken II 1998-99*, 26 675, nr. 3), p. 1.

¹²⁶ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Filiation, p. 19. The refusal to register a status can be appealed before the courts on the basis of Article 1:27 DCC.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Articles 10:100(4) and 10:101(3) DCC give effect to Convention (Nr. 12) on legitimation by marriage, which contains a special rule for recognition, although the rule is considered to be of little practical importance. See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Descendance, pp. 14-15.

- (2) *A ground for refusal as referred to in Article 10:100(1)(c), arises in any event with regard to the recognition of a child:*
- a. *if the child has been recognized by a person of Dutch nationality, who under Dutch law would not have been able to recognize the child;*
 - b. *if, with regard to the approval of the mother or the child, the requirements that are set for this purpose by the law applicable pursuant to Article 10:95(4), are not met, or;*
 - c. *if the certificate or document apparently relates to a sham act.*
- (3) *The preceding paragraphs do not affect the application of the Convention referred to in Article 10:98(1).*¹²⁹

34. Article 10:100(1)-(3) DCC introduce traditional criteria for the recognition of judgements, which the legislator deemed congruent with the approach under the PIL Act on Divorce and was supported by the Standing Government Committee.¹³⁰ Article 10:101(1) DCC extends those criteria *mutatis mutandis* to the recognition of filial relations evidenced by documents in a manner that is similar to registration, which was deemed in line with the approach under the PIL Acts on Marriage and Names.¹³¹ In addition, the *Koranteng* case of the Dutch Supreme Court served as a major source of inspiration.¹³² In *Koranteng*, the Supreme Court held that a foreign act of recognition can be recognized if the recognition of the child is valid according to the law of the place where the child, father or mother were habitually resident at the time the status was established, or valid according to the law of the nationality of the mother or child, unless recognition is incompatible with public order.¹³³ As virtually all connecting factors were deemed acceptable, the legislator decided to choose a procedural form of recognition over recognition on the basis of conflict rules.¹³⁴ Consequently, recognition cannot be withheld on the sole ground that a different law has been applied than the law designated by the Dutch conflict rules, although other grounds for the refusal of recognition and the public order exception are available.¹³⁵

35. The grounds for refusal in Article 10:101(2) DCC aim to prevent *fraus legis* with respect to foreign documents that evidence an act of recognition,¹³⁶ but recognition must be equally withheld if recognition would otherwise be incompatible with public order, for example if the foreign recognition of a child is clearly intended to circumvent Dutch adoption law.¹³⁷ Moreover, if filial relations were established or changed pursuant to a marriage that is not recognized through Article 10:32 DCC, for example because of its polygamous nature, recognition of those filial relations is deemed incompatible with public order under Article 10:100(1)(c) and 10:101(2) DCC.¹³⁸ Nonetheless, if the marriage lost its polygamous nature and subsequently became recognizable under Article 10:31 DCC, the filial relations established by the marriage are recognized under Article 10:100-10:101 DCC,¹³⁹ although Dutch nationality that would be acquired upon birth is not established retroactively.¹⁴⁰ In addition, the recognition of an act of recognition may be incompatible with public order if the child already has two legal parents,¹⁴¹ although the idea

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Descendance, pp. 19-20.

¹³¹ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Descendance, pp. 20-21.

¹³² Hoge Raad 31 January 1992, *Rechtspraak van de Week* 1992/39 (*Koranteng*). See Explanatory Memorandum to the PIL Act on Descendance, p. 21.

¹³³ Hoge Raad 31 January 1992, *Rechtspraak van de Week* 1992/39 (*Koranteng*), para. 3.2.3.

¹³⁴ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Filiation, p. 21. See also D. VAN ITERSON, "De exportwaarde van Nederlandse beslissingen en rechtsfeiten op het gebied van het familierecht", in: T.M. DE BOER (ed.), *Strikwerda's Conclusies*, Deventer, Kluwer 2011, pp. 235-236.

¹³⁵ The issues arising in the context of surrogacy were already addressed in para. II.3 above.

¹³⁶ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Descendance, p. 20.

¹³⁷ Hoge Raad 2 November 2012, NL:HR:2012:BX696, para. 3.4.

¹³⁸ Hoge Raad 5 May 2017, NL:HR:2017:942, para. 3.6.

¹³⁹ Ibid, para. 3.9.

¹⁴⁰ Ibid, para. 3.10-3.11.

¹⁴¹ Rechtbank Den Haag 4 October 2018, NL:RBDHA:2018:11885.

of multiple legal parents has been debated in the Netherlands.¹⁴² Moreover, whether the Dutch legislative framework should include specific rules on international (commercial) surrogacy is still debated.¹⁴³

6. Adoption

36. The PIL Act on Adoption was introduced in 2003 to supplement the Hague Adoption Convention. The Hague Adoption Convention takes precedence over the Dutch rules.¹⁴⁴ The legislator carefully coordinated the scope of the national rules with the rules of the Convention,¹⁴⁵ which resulted in two specific rules for the recognition of foreign adoption decisions that are currently found in Article 10:108-10:109 DCC. Article 10:108 DCC applies to wholly foreign adoptions that are not governed by the Convention:

- (1) *A foreign adoption decision is recognised by operation of law if it was taken by:*
- a. *a competent authority in the State of origin, in which both the adoptive parents and the child had their habitual residence at the time that the application for the adoption was made, as well as at the time that the adoption decision was taken; or*
 - b. *a competent authority in the state of origin, in which either the adoptive parents or the child were habitually resident at the time that the application for this adoption was made, as well as at the time that the adoption decision was taken.*
- (2) *A foreign adoption decision shall not be recognised if:*
- a. *it was clearly not preceded by a proper investigation or not subject to a proper administration of justice, or;*
 - b. *in the case referred to in Article 10:108(1)(b), the adoption decision is not recognised in the State in which the child or, as the case may be, in the State in which the adoptive parents were habitually resident at the time that the application for this adoption was made, as well as at the time that the adoption decision was taken, or;*
 - c. *recognition of that adoption order is manifestly incompatible with public order.*
- (3) *Recognition of a foreign adoption decision shall in any be withheld on the ground referred to in Article 10:108(2)(c), if the adoption decision is clearly based on a sham act.*
- (4) *Even if a foreign adoption order involves a person who possess the Dutch nationality, recognition may not be withheld on the ground referred to in Article 10:108(2)(c), solely because a different law has been applied to it than would have been applied in accordance with the provisions of Section 10.6.2.*

Article 10:109 DCC instead applies to the recognition of foreign adoption decisions that concern prospective parents who were habitually resident in the Netherlands at the time that the adoption decision was taken.

- (1) *A foreign adoption decision taken by a competent authority in the State of origin, in which the child was habitually resident at the that the application for its adoption was made, as well as at the time that the adoption decision was taken, while the adoptive parents were habitually resident in the Netherlands, shall be recognised if:*

¹⁴² See I. BOONE, “Meerouderschap en meeroudergezag: raakt Nederland de tel kwijt?”, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2017/27; P. VLAARDINGERBROEK, “Kind en (meer)ouderschap in de 21ste eeuw, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2017/30. The idea to introduce legislation that would allow a child to have three or four legal parents in the Netherlands appears to have been stalled. On 21 July 2019, the Minister of Justice informed the parliament on that legislative developments will first focus on forms of partial and shared parental responsibility. See *Kamerstukken II 2018-19*, 33 836, nr. 45.

¹⁴³ See R.J. BLAUWHOFF, Internationaal commercieel draagmoederschap en de beoordelingsvrijheid binnen het EVRM, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2019/51.

¹⁴⁴ Article 10:107 DCC.

¹⁴⁵ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption (*Kamerstukken II 2001-02*, 28 457, nr. 3), pp. 12-17.

- a. *the provisions of the Dutch Adoption Act were observed, and;*
 - b. *recognition of the adoption is clearly in the best interests of the child, and;*
 - c. *recognition would not be denied on a ground referred to in Article 10:108(2) or (3).*
- (2) *An adoption as referred to Article 10:109(1) shall only be recognised if a court has established that the conditions for recognition referred to in that paragraph have been met. The procedure set out in Article 1:26 DCC shall apply.*
- (3) *A court establishing that the conditions for recognition of an adoption have been met, shall, of its own motion (ex officio), order to add a subsequent mark of the adoption on the relevant civil status certificate. Article 1:25(6), Article 1:25c(3) and Article 1:25g(2) DCC shall apply accordingly.*

37. The Dutch legislator decided to distinguish between adoption decisions that were subject to a wholly foreign procedure, e.g. because both the parents and the child were not habitually resident in the Netherlands at the time that the adoption decision was taken, and procedures in which the requirements under the Dutch Adoption Act ought to be taken into account.¹⁴⁶ Consequently, the former decisions are automatically recognized without any formal recognition or exequatur proceedings being required,¹⁴⁷ whereas the latter decisions are subjected to judicial scrutiny before they become effective in the Dutch legal order.¹⁴⁸ The Dutch legislator did not feel inclined to enact a special regime for adoption decisions that do not meet the requirements of the Hague Adoption Convention.¹⁴⁹ However, it anticipated that the non-recognition of certain foreign adoption decisions would under some conditions violate Article 8 ECHR and explicated that recognition in such a context would be possible if the existence of ‘family life’ is demonstrated.¹⁵⁰ Nonetheless, the recognition of foreign adoptions in the Netherlands has been suspended since 8 February 2021 due to systemic vulnerabilities in the Dutch legislative framework and in anticipation of new legislation.¹⁵¹

7. Registered Partnerships

38. The PIL Act on Registered Partnerships was introduced in 2004 and contained the last set of rules for the recognition of personal status that are now found in Book 10 DCC. We will not discuss these provisions in detail. Article 10:61-10:63 DCC for the recognition of registered partnerships entered into outside of the Netherlands are analogous to Articles 10:31-10:33 DCC for the recognition of marriage,¹⁵² whereas Articles 10:88-10:89 DCC for the recognition of the dissolution of a registered partnership are analogous to Article 10:57 and 10:59 DCC for the recognition of divorce.¹⁵³ Nonetheless, two specific additions are worth mentioning. The first addition is Article 10:61(5) DCC:

- (5) *Irrespective of Articles 10:61(1)-(2), a registered partnership which was entered into outside the Netherlands can only be recognised as such, if it concerns a legally regulated form of cohabitation of two persons maintaining a close personal relationship with each other, that at least:*
- a. *is registered by a public authority competent to make such registrations at the place where the act of registration took place;*
 - b. *excludes the existence of a marriage or another legally regulated form of cohabitation with a third person, and;*
 - c. *creates duties (obligations) between the partners that in essence correspond with the marital duties of spouses that the law connects to a marriage.*

¹⁴⁶ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, pp. 5-6.

¹⁴⁷ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, p. 14.

¹⁴⁸ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, pp. 16-17.

¹⁴⁹ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, p. 17.

¹⁵⁰ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Adoption, p. 17. See para. II.3 above.

¹⁵¹ See para. II.3 above.

¹⁵² Explanatory Memorandum to the PIL Act on Registered Partnerships (*Kamerstukken II* 2002-03, 28 924, nr. 3), pp. 5, 10-11

¹⁵³ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Registered Partnerships, pp. 8, 17-18.

The second addition is Article 10:88(1) DCC:

- (1) *Where a registered partnership has been ended outside the Netherlands by mutual consent of the partners, the ending will be recognised in the Netherlands if the registered partnership has been ended validly according to the law of that other State.*

39. Articles 10:61(5) and 10:88(1) DCC were drafted to take into account national differences with respect to the effects of registered partnership and do not require much elaboration.¹⁵⁴ The principles of *favor matrimonii* and *favor divortii* that underlie the Hague Divorce Convention and the Hague Marriage Convention, as well as the corresponding PIL Acts on Divorce and Marriage, were simply extended to, and adapted for registered partnerships in the absence of an international convention and the reluctance of the HCCH to initiate a discussion on the matter.¹⁵⁵ In the remainder of this paper, the terms marriage and divorce will be considered to include the conclusion and dissolution of registered partnerships, unless indicated otherwise, due to virtually identical nature of the rules for recognition.

IV. Methods of recognition

40. The discussion in the previous parts helps to highlight that Dutch private international law employs a broad variety of methods of recognition, although most rules for recognition were oriented towards registration. Before we discuss the methods for recognition in Dutch private international law, it is helpful to briefly discuss the link between recognition and registration. Most rules for recognition employ a procedural method that is traditional with respect to judgements and simplified with respect to documents. Other methods instead tend to facilitate recognition in the absence of a decision or document.

1. Recognition and registration

41. A foreign legal status that meets the statutory criteria of one of the rules for recognition discussed above is recognized by operation of law. Only foreign adoptions that are subject to the Dutch Adoption Act (Article 10:109 DCC) are subject to a separate procedure in order to become effective within the Dutch legal order. The court will in such cases order the registration of the adoption in the Registers of Civil Status. In all other cases, registration public documents, decisions and court orders that evidence a foreign legal status may be requested by any interested party from, as well as done *ex officio* by the Registrar, provided that the relevant documents were issued by the competent foreign authorities, in conformity with the local regulations; unless registration is incompatible with Dutch public order.¹⁵⁶

42. Registration is not a precondition for recognition, but recognition is a precondition for registration and, consequently, the registration of a foreign legal status is deemed to confirm its recognition in the Dutch legal order.¹⁵⁷ The registration of a legal status must in this respect be refused by a Registrar if the preconditions for recognition are not met, which can be appealed before a court.¹⁵⁸ In addition, a declaratory order may be requested from the court by an interested party, including by the Registrar, to confirm whether the status can be registered.¹⁵⁹ Moreover, the court can be requested to order the correction or removal of a civil status record.¹⁶⁰ The Registrar or court is in each case bound to examine

¹⁵⁴ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Registered Partnerships, pp. 2-3

¹⁵⁵ Explanatory Memorandum to the PIL Act on Registered Partnerships, pp. 1-2.

¹⁵⁶ Article 1:18b, 1:20b DCC. The interested person does not have to be a Dutch national, as long as that person is registered in the Registers of Civil Status on the basis of Articles 1:25-1:25g DCC.

¹⁵⁷ See *Rechtbank Limburg* 18 February 2019, NL:RBLIM:2019:3672, para. 2.1.4.

¹⁵⁸ Article 1:27 DCC.

¹⁵⁹ Article 1:26 DCC.

¹⁶⁰ Article 1:24 DCC.

out of their own motion whether the preconditions for recognition of a foreign legal status are met.¹⁶¹ The Registrar and the court may require legalisation for the purpose of registration,¹⁶² although the absence of a legalized document does not preclude that the underlying status can be recognized.¹⁶³ Hence, the question of recognition often comes up in the context of registration, although it may also arise as a preliminary question, irrespective of whether the status is registered and whether the document that evidences that status was legalized.¹⁶⁴

2. Recognition of decisions and legal facts evidenced by documents

43. As indicated at the outset, the Dutch private international law employs a method that is traditional with respect to (judicial) decisions and simplified for documents that respectively establish or evidence a legal status. Traditional criteria for the recognition of judgements are used for judicial decisions that establish or change filial relations (Article 10:100 DCC), adoption decisions (Article 10:108-109 DCC) and divorce decisions (Article 10:57(1), 10:88(2) DCC). A legal status that is established pursuant to a (judicial) decision by a foreign court (or other authority) is recognized, provided that the court (or other authority) assumed its competence on an internationally accepted ground for jurisdiction and no procedural irregularities took place. Simplified criteria apply for the recognition of public documents that evidence filial relations (Article 10:101 DCC), as well as names evidenced by a public document (Article 10:24 DCC) and marriage certificates (Article 10:31(4), 10:61(4) DCC). A legal status that is evidenced by a public document is equally recognized, provided that it was issued by a competent foreign authority in conformity with local regulations. In either context, recognition can be withheld for being incompatible with Dutch public order, albeit not pursuant to the fact that a different law than the law designated by the Dutch conflict rules was applied to establish the status.

3. Recognition of legal facts in the absence of a (valid) decision or document

44. The rules for the recognition of marriage (Article 10:31(1)-(3), 10:61(1)-(3) DCC) and the consensual dissolution of registered partnerships (Article 10:88(1) DCC) tie the validity of either status to their validity under the law of the State where the relevant acts took place (*lex loci celebrationis* and *lex loci registrationis*) and allows for *de facto* recognition in the absence of a public document. The rules for the recognition of divorce and dissolution of registered partnerships (Article 10:57(2), 10:88(3) DCC) are backed up by a provision that facilitates their simple recognition on the basis of consent, while the rule for the recognition of informal unilateral dissolved marriages (Article 10:58 DCC) combines *de facto* and simple recognition.¹⁶⁵ Moreover, since the *Hungarian Marriage* case, the conflict rule for Dutch nationals in Article 10:20 DCC can be invoked to prevent the change of a surname that would otherwise have to be recognized pursuant to Article 10:24 DCC.¹⁶⁶ In addition, acceptance on the basis of EU/human rights obligations is prevalent in the context of names and filiation (including surrogacy).¹⁶⁷

45. In the absence of a rule for recognition described above, Dutch conflict rules ought to be applied for the purpose of recognition,¹⁶⁸ although case law of the Dutch Supreme Court indicates that even

¹⁶¹ Hoge Raad 16 November 1992, *Nederlandse Jurisprudentie* 1992/790, para. 3.1; Hoge Raad 5 September 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/5, para. 4.3.

¹⁶² Articles 10:18, 10:20c, 10:26d DCC. See Hoge Raad 5 September 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/5, para. 4.3.

¹⁶³ Hoge Raad 5 September 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/5, para. 4.3.

¹⁶⁴ See e.g. Rechtbank Den Haag 16 January 2019, NL:RBDHA:2019:420 (recognition of a non-registered religious Ethiopian marriage under Article 10:31 DCC and subsequent divorce in accordance with Dutch law).

¹⁶⁵ See para. III.2 above.

¹⁶⁶ See para. III.4 above.

¹⁶⁷ See para. II.3 above.

¹⁶⁸ A.P.M.J. VONKEN, *Asser 10-I Algemeen deel IPR* (2nd edition), Deventer, Wolters Kluwer, 2018, para. 549.

in the absence of a public document that evidences the status, there may be reasons to nonetheless recognize the status. In particular, a status can be recognized if its existence under the law pursuant to which it was established can be demonstrated with reasonable certainty. The burden of proof should in this respect be placed on the party that seeks to demonstrate the existence of the status.¹⁶⁹ In other words, Dutch conflict rules are seldom applied for the purpose of recognition, even in the absence of a rule for recognition.

¹⁶⁹ Hoge Raad 19 February 2016, NL:HR:2016:293, para. 3.4.5-3.4.6. The possibility to demonstrate the existence of a legal status acquired abroad by other means is particularly important in cases involving refugees who do not have access to documents in their country of origin. See Hof Amsterdam 7 January 2020, NL:GHAMS:2020:70. The case concerned spouses who had the Syrian nationality, were married in Syria and sought refuge in the Netherlands. The female spouse filed a request for a divorce, although the male spouse contended their marriage could not be recognized due to the absence of an (official) marriage certificate. As Syria was still a war zone at that time, the court considered that the female spouse could not be required to travel to Syria to acquire the original certificate. The court held that she had sufficiently demonstrated the existence of the marriage by other means by providing a copy of the certificate that she received from the Dutch immigration service.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: THE BALTIC STATES*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: LOS PAÍSES BÁLTICOS

KATAŽYNA BOGDZEVIC*

*Professor in the Institute of International and European Union Law at Mykolas Romeris
University*

NATALJA ŽITKEVIŠ**

Independent researcher (Ph.D. in law - Jagiellonian University in Cracow, Poland)

Recibido:15.12.2021/Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6740>

Abstract: This report addresses questions of civil status recognition in Baltic states: Estonia, Latvia and Lithuania. All three states restored their independence in the early 90-ties, and since then, they have been developing their legal systems, including – private international law. With time, the relevance of private international law increases, mainly due to the increased migration. However, the doctrine of Baltic private international remains limited. This report presents main legal developments and growing case-law related to recognition of civil status. The ECHR and CJEU case law influenced to some extent, the Lithuanian courts' case law regarding names and same-sex couples. Latvian courts continue to refuse recognition of non-Latvian spelling of names, and Estonian authorities are the most flexible in this regard. Both Lithuania and Latvia used the protection of the national language as the justification to deny granting the recognition of names acquired abroad. It occurs that all the states do not focus on developing methodologies for recognizing the civil status acquired abroad.

Keywords: status acquired abroad, status recognition, international name law, Lithuanian private international law, Latvian private international law, Estonian private international law.

Resumen: Este informe aborda las cuestiones del reconocimiento del estatuto personal en los países bálticos: Estonia, Letonia y Lituania. Los tres países restauraron su independencia a principios de los años 90, y desde entonces, han estado desarrollando sus sistemas legales, incluido el derecho internacional privado. Con el tiempo, la relevancia del derecho internacional privado aumenta, principalmente debido al aumento de la migración. Sin embargo, la doctrina de la internacional privada báltica sigue siendo limitada. Este informe presenta los principales desarrollos legales y la creciente jurisprudencia relacionada con el reconocimiento del estado civil. La jurisprudencia del TEDH y del TJUE en cierta medida influyó en la jurisprudencia de los tribunales lituanos en relación con los nombres y las parejas del mismo sexo. Los tribunales letones siguen negándose a reconocer la ortografía de nombres no letones, y las autoridades

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union Européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL/M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws at Cuadernos de Derecho Transnacional ##

**Lithuania and Latvia.

**Estonia.

estonias son las más flexibles en este sentido. Tanto Lituania como Letonia utilizaron la protección del idioma nacional como justificación para denegar el reconocimiento de nombres adquiridos en el extranjero. Ocurre que no todos los estados se enfocan en desarrollar metodologías para el reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero.

Palabras clave: situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, reconocimiento, el nombre en derecho internacional privado, derecho internacional privado de Lituania, derecho internacional privado de Letonia, derecho internacional privado de Estonia.

Summary: I. General Issues. 1.1 Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice. 1.2. Principles of status recognition and denial of status recognition II. Process of recognition. 2.1 Rules and procedure of recognition. 2.2. Other requirement for recognition. 2.3. Revision. 2.4. Database entry requirement . 2.5. Change of status consequences.

I. General issues

1.1. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice

1. The emigration from Lithuania, Latvia and Estonia, particularly since 2004-2005 has been very high and it is constantly growing¹. The statistics shows that also number of immigrants to these countries increases². This trend causes that there are more international families. Therefore, civil registrars of Baltic States have to deal quite often with the following issues: marriage concluded abroad, name acquired in a foreign country or dissolution of marriage that took place in another state or birth certificates issued abroad. It is worth mentioning that one of the ECJ cases involved Lithuanian rules on names³.

2. Due to the increased number of relevant cases general awareness among practitioners regarding issues of recognition is quite high. Unfortunately, it is not reflected in a legal doctrine. This in turn affects quality of legislative initiatives.

3. Lithuanian, Latvian and Estonian Private international law doctrine is rather limited. There is lack of special literature related to international family law. The only handbook of private international law in Lithuania was published in 2001 and does not include much information about recognition⁴. However, due to practical reasons the topic of recognition of names is not completely unknown to the Lithuanian doctrine. In fact, academic discussion consists of several articles⁵ and a book chapter⁶ devoted to the cross-border issues of names (particularly after *Runevič-Wardyn* case) and several articles on recognition of same-sex marriages⁷. The literature is very limited and the opinion of authors is in favor of recognition. Nonetheless, the political discussion on the draft laws does not refer to the doctrinal sources.

¹ General trends of emigration and immigration since 2000 until 2011 are presented in *Engbersen, G. and J. Jansen* (2013), "Emigration from the Baltic States: Economic impact and policy implications", in *Coping with Emigration in Baltic and East European Countries*, OECD Publishing, Paris, p. 14.

² *Ibidem*.

³ CJEU 12 May 2011, case C-391/09, *Runevič-Wardyn & Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291 (ECLI:EU:C:2011:291).

⁴ V. MIKELĖNAS, *Tarptautinės privatinės teisės įvadas*, Vilnius, Justitia 2001.

⁵ K. MIKSA, „Interes państwa a prawo do nazwiska w świetle prawa międzynarodowego i unijnego”, *Rocznik Stowarzyszenia Naukowców Polaków Litwy*, 2014, vol. 13/14, p. 260-277; A. MICKONYTĖ, "The Right to a Name Versus National Identity in the Context of EU Law: The Case of Lithuania", *Review of Central and East European Law*, 2017, n. 42, p. 325-363.

⁶ K. MIKSA, "Nuo pripažinimo link nacionalinio identiteto apsaugos – pavardžių problematika Europos Sąjungos Teisingumo Teismo jurisprudencijoje", en K. KATUOKA et al., *Transnacionalinės teisinės sistemos - santykio ir sąveikos problemos: mokslo studija*, Vilnius, Mykolo Romerio universitetas, 2014, p. 152-181.

⁷ L. VAIGĖ, "The time is ripe: legal recognition of same-sex marriages in Lithuania", *Baltic Yearbook of International Law*, 2012, vol. 11., p. 239-280; L. VAIGĖ, "Legal recognition of same-sex marriages in Lithuania and the ordre public exception", en A. SCHUSTER, *Equality and justice: sexual orientation and gender identity in the XXI century*, 2011, p. 271-286; L. VAIGĖ, "The problematics of recognition of same-sex marriages originating from member states according to the EU legal regulation", *Socialinių mokslų studijos : mokslo darbai = Social sciences studies : research papers*, 2012, n. 4(2), p. 755-775.

4. The most recent Latvian handbook on private international law was published in 2015 and is dedicated only to general issues of the subject⁸. There were also some publications of lectures on private international law in Latvian⁹ and general handbooks¹⁰. None of them provides detailed analysis of acceptance of foreign status in Latvia. Interesting analysis regarding legal issues of personal names in Latvia is presented by K. Naumova, who explains the place of the names in Latvian legal system also in international situations¹¹. However, the main focus of the study is human rights aspect related to names, particularly the issue of the names of persons belonging to national minorities. The author does not analyze the private international law problematic.

5. The most important Estonian compilation of lectures on private international law was published in 2003 (it was amended in the following years)¹². The book gives an overview about Estonian international private law and international civil procedure. The publication does not include analysis about acceptance of foreign status in Estonia. There is nevertheless an interesting article by Maarja Torga about granting and applying names as a hidden problem in Estonian private international law¹³. There is also an article by Kätlin Jaadla and Maarja Torga on recognition of foreign marriages and registered partnerships in Estonia¹⁴. The problem of non-marital partnership and its legal regulation, as well as non-married cohabiting couples and their constitutional right to family life was broadly described by Andra Olm¹⁵. The master degree thesis of Helena Lepper on recognition of same-sex marriages concluded abroad in Estonia is worth mentioning¹⁶.

6. There is awareness of the issue at the political level of all Baltic States and consequently since 90-ties several draft laws enabling the recognition of names are being introduced. The main issue arising in Lithuania regarding recognition of names acquired abroad is their spelling in Lithuanian documents (civil registry acts and personal identification documents). According to the Lithuanian law¹⁷, the names of the Lithuanian citizens in the personal identification documents should be spelled in accordance with the Lithuanian language rules.

7. After the restoration of independence of Lithuania in 1990 the issue of linguistic identity of the state became of the highest priority. This reflected in rules on spelling names or using topographical names in minority languages. In order to eradicate in particular the Russian language from public life the rules on usage of the Lithuanian language became very strict and the language became the main sign of distinguishing the Lithuanian nation. The Lithuanian language became a constitutional value of the highest rank. Initially this was a problem related to the spelling of names of national minorities in Lithuania that constituted quite a big part of the Lithuanian residents' after restoring independence (more than

⁸ A. MIERINA, *Starptautiskās privāttiesības: ģenēze un sistēma =Private international law: genesis and system*, Riga, LU Akadēmiskais apgāds, 2015.

⁹ H. ALBATS, *Starptautiskās privātās tiesības*, Riga, 1923; H. ALBATS, *Starptautiskās privātās tiesības*, Rīga, 1940.

¹⁰ J. BOJARS, *Starptautiskās privāttiesības III. 2. pārstrādātais izdevums*. Rīga, Zvaigzne ABC, 2013.

¹¹ K. NAUMOVA "Legal aspects of transcription of personal names in the Latvian language", *RGSL Research Papers*, n. 11, 2014

¹² L. ALMANN/ I. NURMELA/ V. TUULAS/ M. VAINOMAA, *Rahvusvaheline eraõigus*, Tallinn, 2003.

¹³ M. TOORGA, "Isikunimede andmine ja kohaldamine – peidetud probleem Eesti rahvusvahelises eraõiguses", *Juridica* 2014, n. 7, p. 520-527.

¹⁴ K. JAADLA/ M. TOORGA, "Välisriigis sõlmitud samasooliste abielu ja kooselu tunnustamine Eestis", *Juridica*, 2013, n. 8, p. 598-607.

¹⁵ A. OLM, "Non-married Cohabiting Couples and Their Constitutional Right to Family Life", *Juridica International*, 2013, n. XX, p. 104-111, and A. OLM., *Mitteabieluline kooselu ja selle õiguslik regulatsioon*, Tallinn, 2009, available at: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/mitteabieluline_kooselu_ja_selle_oiguslik_regulatsioon_2009_0.pdf.

¹⁶ H. LEPPER, *Välisriigis sõlmitud samasooliste abielude tunnustamisest Eestis*, Tallinn, 2017, available at: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/57149/lepper_helena_ma_2017.pdf.

¹⁷ Law No IX-577 of 6 November 2001 concerning identity cards (Žin., 2001, No 973417), as amended (Žin., 2008, No 76-3007), and Law No IX-590 of 8 November 2001 concerning passports (Žin., 2001, No 99-3524), as amended (Žin., 2008, No 87-3466) and Decree No I1031 of the Lithuanian Supreme Council of 31 January 1991 concerning the writing of surnames and forenames in passports of citizens of the Republic of Lithuania (Žin., 1991, No 5132) provide that information set out on identity cards and in passports must be entered in Lithuanian characters.

20 percent of the population). The Lithuanian Constitutional Court in 1999 in its ruling explained that constitutional status of the Lithuanian language requires its usage in public life¹⁸. Documents of the person belong to the domain of public life and though all the data in the documents should be written in Lithuanian language, otherwise, the constitutional status of the state language would be denied. The name of the person was treated as a part of this data and its particular importance for the person was not considered. Once the Court has decided regarding spelling of the names of Lithuanian citizens, the application of these rules extended also to names acquired abroad. In practice, the change of spelling of the name means change of the name itself, because for the foreign authority that issued the original (primary) document, for instance names “Jacquette” and “Žakė” are completely different names. Summing up, political discussions and legislative initiatives regarding recognition of names primarily focus on their spelling.

8. Very similar approach had Latvian authorities. The status of the official language is very strong. Therefore, names of Latvian citizens have to be written in accordance with the rules of Latvian language. However, Latvian authorities haven't undertaken any legislative steps in order to facilitate recognition of names in Latvia.

9. Lithuanian draft laws could be divided into two groups: permitting original spelling of names and requiring Lithuanian spelling. The general negative attitude towards foreign names was changed after the ruling of the Constitutional Court of 2014¹⁹. The Court explained that the Parliament (Seimas) while establishing the legal regulation of writing the name and family name of a person in the passport of a citizen of the Republic of Lithuania has to receive an official conclusion from the State Commission of Lithuanian Language (hereinafter: SCLL). It is a very rare situation when the Constitutional Court addresses practically the same issue twice in its practice. In case of names the ruling shows that initial restrictive opinion has changed to a more flexible and thereof allows to expect in future for a more person-oriented approach both in legislative and judiciary practice.

10. Actually, there is a lack of common agreement in regard to the recognition of names acquired or altered abroad and it is unlikely that in the nearest future the problem will be solved on the legislative level. However, the courts are aware of the loophole in law and therefore, they have been developing case-law allowing recognition of the names both in terms of civil registry records and enabling to have a name in original form in identity documents.

11. The problem of names has not attracted a lot of attention from the Estonian legislator. It is not regulated in private international law. The Names Act from 15.12.2004²⁰ does not exhaustively regulate the problem of granting and applying names in private international law. The § 5 describes the orthography of personal names stating that they shall be written using Estonian-Latin letters and symbols. If required the transcription rules for non-Estonian names shall be used. It is important that the spelling of an Estonian personal name shall be in accordance with the rules of orthography of the Estonian language, and the spelling of a non-Estonian personal name shall be in accordance with the rules of orthography of the relevant language. The name shall be applied: 1) on the basis of the Latin name entered in the source document according to the transcription rules for non-Estonian personal names; 2) in the absence of the possibility specified above, by the transcription of the non-Latin name entered in the source document with Estonian-Latin letters, which shall be done according to the transcription rules for non-Estonian personal names or, in the absence of the rules, on the basis of the recommendation of the Office of Onomastic Expertise²¹.

¹⁸ Lithuania: Judgement of the Constitutional Court of 21 October 1999, Case No. 14/98.

¹⁹ Lithuania: Judgement of the Constitutional Court of 27 February 2014, Case No. 14/98.

²⁰ The Names Act entered into force on 31.03.2005, RT I 2005, 1, 1. The amended version in English is available at: https://www.riigiteataja.ee/en/compare_wordings?grupiId=100166&vasakAktId=508112013004

²¹ Institute of the Estonian language, more information at: <https://www.eki.ee/EN/>.

12. Questions on recognition of same-sex marriages or partnerships are also sensitive in the Baltic States. Both Lithuania and Latvia are fairly conservative in this regard. None of these countries have adopted any laws allowing the same-sex couples to make their relationship documented. Despite a fact that Latvia can be considered as more liberal country in comparison to Lithuania (e.g. in case of artificial fertilization), nevertheless, political discussions reveal that at least the legislative power institutions are quite conservative in their views. There has been a political discussion in Latvia regarding partnership law since 1999. The law was supposed to be gender neutral. The draft law was rejected by Latvian Parliament in March 2018. It is also worth remembering that in 2005 Latvia introduced amendments to Article 110 of the Constitution by adding that “marriage is a union between a man and a woman”. The amended rule banned same-sex marriages. Despite the fact that these rules are substantive rules, it is impossible to underestimate their significance also for the recognition of the same-sex marriages or partnerships concluded abroad. They show general tendencies in this regard. In terms of legislative initiatives situation in Lithuania is very similar. However, a general approach towards recognition of same-sex marriages is changing. In the new ruling the Lithuanian Constitutional Court²² accepted to recognize the same-sex marriage concluded abroad. However, extent of the application of this ruling is very limited.

13. In Estonia the Registered Partnership Act from 09.10.2014²³ allows same-sex couples to register their relationship in form of “cohabitation agreement” as of 01.01.2016. The Act includes provisions applicable both to opposite-sex and same-sex couples. The same-sex couples nevertheless cannot marry or jointly adopt children. This Act provides that a registered partnership registered in foreign state is valid in Estonia in accordance with the provisions of the Private International Law Act. This Act entered into force without implementing provisions²⁴. There were a lot of political debates concerning adoption of such provisions. Due to lack of the implementing provisions the cases related to the matter were discussed in Estonian courts. The Estonian Supreme Court also expressed its opinion in the matter.

14. The draft act on Same-Sex Partnership was introduced in February 2016 aiming to further regulate same-sex couples’ position²⁵, but it did not receive required support in the Estonian Parliament.

15. It is important to note that in accordance with the § 1 of the Family Law Act from 18.11.2009²⁶ “a marriage is contracted between a man and a woman”. Additionally the § 10 of this Act among grounds on considering that marriage is void lists “persons of the same sex are married”. Therefore Estonia did not recognize same-sex marriages concluded elsewhere. The Estonian courts apply public order clause when denying recognition of such marriages. It is interesting to follow the changes in the Estonian courts application of the public clause in the marriage matters. The Circuit Court of Tallinn in its decision from August 27, 2014, stated that “the mere fact that Estonian law does not allow same-sex marriage does not mean that the law of the country where same-sex marriage is allowed is contrary to Estonian public policy”²⁷. In 2016 the Administrative Court of Tallinn in its decision stated that “The legislator has made an informed choice between whom marriage can be contracted according to Estonian law and the laws in force in Estonia do not allow for marriage between same-sex persons and do not recognize cohabitation between them. Consequently, recognizing same-sex marriage in another country would be contrary to Estonian law, the essential principles of Estonian law and the

²² Lithuania: Judgement of the Constitutional Court of of 11 January 2019, ruling No. KT3-N1/2019, case No. 16/2016.

²³ The Registered Partnership Act entered into force on 01.01.2016, RT I, 16.10.2014. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/527112014001/consolide>.

²⁴ The draft provisions in Estonian are available at: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/18e8dd8f-b83e-4218-8f92-82a438804790/Kooseluseaduse%20rakendamise%20seadus/>.

²⁵ The text in Estonian available at: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7c1c0f59-02c2-45d8-b9d2-05b4811ade1c/Paarkonna%20seaduse%20eelnc3%B5u%20\(151%20SE%20I\)/](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7c1c0f59-02c2-45d8-b9d2-05b4811ade1c/Paarkonna%20seaduse%20eelnc3%B5u%20(151%20SE%20I)/).

²⁶ The Family Law Act entered into force 01.07.2010, RT I 2009, 60, 395. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013016/consolide>.

²⁷ The Circuit Court of Tallinn decision no. 3-13-1808.

purpose of the legislator”²⁸. The Supreme Court stated in its decision as follows in relation to recognition of same sex marriages: “the Family Law Act precludes the contracting of a same-sex marriage in Estonia; it does not preclude the recognition of such marriages that are contracted elsewhere in the world. It is required by law that a foreign marriage, which was performed in accordance with the laws of the married couple’s country of residence, must also be considered as valid in Estonia. Such a marriage may be considered invalid only if it manifestly violates the important principles of the laws of Estonia. According to the Chamber’s initial estimation, it is legally debatable whether considering a same-sex marriage contracted abroad to be valid would be in breach of the important principles of the laws of Estonia”. The Estonian Supreme Court in its ruling from June 2017 also stated that same-sex couples have a right to the protection of family life.

16. The application of the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents is also important in the field of recognition of status. Baltic states took steps towards the implementation of the provisions of the regulation that require adoption of national rules. There is a draft governmental resolution prepared by the Lithuanian Ministry of Justice²⁹. The draft determines the competent central authority - The Ministry of Justice. In Latvia amendments of the Document Legalization Law³⁰ are planned, but they have not been adopted so far.

17. In Estonia the EU Regulation is applicable from February 16, 2019 and several public documents are no longer required to be submitted in Estonia with an Apostille. This Regulation applies to public documents issued by the authorities of a EU Member State in accordance with its national law which have to be presented to the authorities of another Member State and the primary purpose of which is to establish one or more of the following facts: birth, death, name, marriage (including capacity to marry and marital status), divorce, adoption, parenthood, domicile and/or residence. Estonian authorities accept the mentioned documents in Estonian, Russian and English, so translation of the documents in these languages is not required. If the document is in another language, the document must be translated (unless a multilingual standard form is attached to it).

1.2. Principles of status recognition and denial of status recognition

18. Lithuanian law does not provide special rules on recognition of surnames. In case of name, the main issue is not the recognition of the document itself (e.g. Birth certificate, marriage certificate or other) but rather the entry of the document. In this case no particular rules exist. The cases are related to the change of entries in the Lithuanian documents, in which the name of the applicant has been written in accordance with Lithuanian language rules and thus differ from the name in original document.

19. Decision of the courts in regard of names, irrespectively whether it is an identity card/passport or a civil registry act, are almost identical and the grounds for recognition of names are the same. The courts repeat the argumentation provided by the international tribunals. Particularly, the courts refer to the following cases:

- The case-law of the CJEU. Particularly the following judgements were mentioned: *Sayn-Wittgenstein*, *Runevic-Vardyn and Wardyn*, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, *Garcia Avello* and *Grunkin Paul*.

²⁸ The decision of the Administrative Court of Tallinn no. 3-15-2355.

²⁹ Government of the Republic of Lithuania 29.06.2018, *Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimo “Dėl institucijų, at-sakingų už Europos parlamento ir tarybos reglamente (ES) Nr. 2016/1191 nustatytų funkcijų vykdymą, paskyrimo” projektas*, available at <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAP/28ac2c607b5c11e89188e16a6495e98c?positionInSearchResults=2&searchModelUUID=4558449a-adf6-4d9a-980e-db2c5f73b4e1>

³⁰ Dokumentu legalizācijas likums, Law of 22 March 2007, “Latvijas Vēstnesis”, 56 (3632).

- The case-law of the ECtHR, namely: *Znamenskaya v. Russia*³¹, *Johansson v. Finland*³², *Mentzen v. Latvia*³³, *Bulgakov v. Ukraine*³⁴, *Güzel Erdagöz v. Turkey*³⁵.
- The decision of the UN Human Rights Committee *Raihman v. Latvia*³⁶.

The courts usually recognize that the refusal to issue a birth or marriage certificate with the different name than the one in the foreign document violates legitimate expectations of the applicant, moreover it is an interference in private and family life, as well as such decision causes great inconveniences both in private and in public life.

20. The issue of acceptance of names from the foreign birth certificates (Portuguese, German) was several times considered by Latvian courts³⁷. Notable that Latvian courts, even after the UN Committee decision still rejected M. Raihmann application to spell his name in original form, without adding Latvian endings³⁸.

21. Due to the regulation that allows spelling of the non-Estonian name in accordance with the rules of orthography of the relevant language (in accordance with the law of the nationality of the person), this issue did not raise particular questions in Estonia. It is worth mentioning that in practice the Estonian authorities allow to spell the name in accordance with the nationality stated in a birth certificate (as it was custom for the USSR birth certificates), even if the person holds an Estonian passport.

22. The question of recognition arises also in other cases: adoption (recognition)³⁹, fatherhood by declaration⁴⁰. However, probably the most debatable is the issue of recognition of marriages, above all – same-sex marriages. Both in Lithuania and Latvia there are special rules for the recognition of marriage, in Latvia – also for a divorce. Marriage, legally concluded in other country is being recognized in Lithuania without particular preconditions. Nonetheless, there is no information as far regarding practice of recognition or non-recognition of same sex marriages. 1.2.” Therefore, a marriage that is valid abroad will be valid in Lithuania, except situations of evident circumvention. So far, there was only one case related to the recognition of same sex marriage in Lithuania. In January 2019 the Constitutional Court of Lithuania ruled in the case related to same-sex marriage. The claimants in the main procedure were two men (one - Lithuanian citizen, the other – Belarussian citizen) who concluded marriage in Denmark. Then the non-EU citizen spouse in his capacity as a member of the EU citizen’s family was seeking to obtain the right to reside lawfully in Lithuania for more than three months and the authorities refused to grant him such permit. The Supreme Administrative Court of Lithuania, before which the case was pending, asked the Constitutional Court to explain whether “*Item 5 of Paragraph 1 of Article 43 (wording of 28 November 2006) of the Republic of Lithuania’s Law on the Legal Status of Aliens, insofar as the said item does not stipulate that, in the event of family reunification, a temporary residence permit in the*

³¹ ECtHR 2 June 2005, *Znamenskaya v. Russia*, No 77785/01.

³² ECtHR 6 September 2007, *Johansson v. Finland*, No 10163/02.

³³ ECtHR 7 December 2004, *Mentzen v. Latvia*, No 71074/01.

³⁴ ECtHR 11 September 2007, *Bulgakov v. Ukraine*, No 59894/00.

³⁵ ECtHR 21 October 2008, *Güzel Erdagöz v. Turkey*, No 37483/02.

³⁶ The UN Human Rights Committee decision 28 October 2010, *Raihman v. Latvia*, No 1621/2007.

³⁷ Supreme Court of Latvia of 1 November 2017, No A420398814, available at: <https://manas.tiesas.lv/eTiesasMvc/lv/nole-mumi>; judgment of the Administrative Regional Court of Riga of 4 March 2014, No. A420383312; judgement of the Administrative District Court in Riga of 19 July 2013, No. A420383312; judgement of the Supreme Court of Latvia of 9 July 2012, No A420598410.

³⁸ ECtHR 6 September 2007, *Johansson v. Finland*, No 10163/02.

³⁹ ³⁵ Administrative Regional Court in Riga 26 April 2016, No A420579912.

Court of Appeal of Lithuania 12 September 2011, case No 2T-261/2011, available at: <http://eteismai.lt/byla/116713249078409/2T-261/2011?word=%C4%AFvaikinimo%20pripa%C5%BEinimas>; 22.06.2010, case No 2T-193/2010, available at: <http://eteismai.lt/byla/82936319879925/2T-193/2010?word=%C4%AFvaikinimo%20pripa%C5%BEinimas>

⁴⁰ Court of Appeal of Lithuania 15 March 2011, case No 2T-150/2011, available at: <http://eteismai.lt/byla/50198367172188/2T-150/2011?word=%C4%97vyst%C4%97s%20pripa%C5%BEinimo>.

Republic of Lithuania may also be issued to a foreign national in cases where a marriage or registered partnership concluded by the foreign national in another state with a person – a citizen of the Republic of Lithuania – residing in the Republic of Lithuania is not recognised in the Republic of Lithuania due to the prohibition on concluding a same-sex marriage or same-sex registered partnership, although the foreign national and the Lithuanian citizen have built up such a relationship whose content corresponds to the concept of the family, is in conflict with Paragraphs 1 and 4 of Article 22, Paragraph 1 of Article 29, and Paragraphs 1 and 2 of Article 38 of the Constitution of the Republic of Lithuania, as well as with the constitutional principle of a state under the rule of law”. The court refrained from issuing the judgment until the CJEU ruled in Coman case⁴¹ and in its ruling made a direct reference to the ruling of the CJEU. Finally, the Constitutional Court delivered a ruling and stated clearly “*a refusal to issue such a permit may not be based solely on the gender identity and/or sexual orientation of a foreign national*”. The Court hasn’t considered private international law rules in this case. Moreover, the ruling cannot be overestimated. It is still not clear how far going implications it has. In this case the Court opened the doors for the same-sex couples married abroad to request a residence permit in Lithuania without any further discrimination. However, married couples have much more rights under Lithuanian law, for instance to adopt children together or bear common surname. In case of further same-sex couples requests, e.g. related to adoption etc. the process of recognition of their marriage will have to start all over again. As long as there is no explicit rule on recognition of such marriages, same-sex couples will face the difficulties in acquiring the same rights as traditional couples. Nevertheless, the ruling of the Constitutional Court is guidance for further development of law in this regard.

23. Article 12 of the Introductory part to the Latvian Civil Law provides that “A dissolution or declaration as annulled of a marriage of citizens of Latvia, done in a foreign state, shall also be recognized in Latvia, except in a case where the grounds submitted as the basis therefore do not conform to Latvian law and are in conflict with the social or moral standards of Latvia”⁴². The Law on Registration of Civil Status Documents provides that “if a citizen of Latvia or a non-citizen of Latvia concludes marriage outside the Republic of Latvia in conformity with the laws of such foreign state in the territory of which the marriage is concluded, such marriage shall be valid in the Republic of Latvia, if the provisions of Sections 32, 35, 37 and 38 of the Civil Law have been complied with”⁴³.

24. In Estonia there were several cases related to same-sex marriages concluded abroad and failure to issue implementing legislation for the Registered Partnership Act⁴⁴. The same-sex marriages were not recognized, though the right to protection of family life was confirmed⁴⁵.

25. In 2015 the Harju county authorities⁴⁶ refused to enter to the Estonian population register the marriage of Ats Joorits, a Swedish national residing in Estonia, with another man, an Estonian citizen. The marriage was concluded in Sweden. The reasoning of the decision was based on the fact that the Estonian laws do not recognize same-sex marriage. The authorities stated that the application of the law of another country in this case would be manifestly contrary to the Estonian public order (the general principles of the Estonian law). The case was brought to the court. The County Court of Harju refused to register the marriage between two men. The couple appealed this decision. The Circuit Court of Tallinn⁴⁷ ruled that the marriage must be entered into the Estonian population register. It stated that the mere

⁴¹ Please refer to the judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 June 2018: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1120903>.

⁴² The Civil Law of Latvia of 28 January 1937, “Valdības Vēstnesis”, 41, 20.02.1937.

⁴³ The Law on Registration of Civil Status Documents of 29 November 2012, “Latvijas Vēstnesis”, 197 (4800), 14.12.2012.

⁴⁴ Order of the Supreme Court of Estonia 5-17-42. The text in English is available at: <https://www.riigikohus.ee/en/constitutional-judgment-5-17-42>.

⁴⁵ Decision of the Supreme Court of Estonia 3-3-1-19-17. Overview of the decision in English is available at: <https://www.riigikohus.ee/en/news-archive/same-sex-couples-also-have-right-protection-family-life>.

⁴⁶ The Harju county authorities decision no. 14-4/3 from 16 September 2015.

⁴⁷ The Tallinn Circuit Court Ruling no. 3-15-2355 from 24. November 2016.

fact that “the Estonian law does not provide for this kind of marriage does not mean that Swedish law must be deemed as being in contradiction with public order. A contradiction with substantial principles of Estonian law or public order would arise first and foremost if the application of the law of a foreign country brought with it a contradiction with the general principles of the Estonian Constitution or norms of penal law or resulted in the infringement of fundamental rights. Recognition of marriages of persons living in another country that are consistent with that country’s laws is not indicative of any of these cases”. The decision of the Circuit Court of Tallinn requiring the Harju County authorities to enter into the Population register the same sex marriage came into force on December 28, 2016⁴⁸.

26. In the beginning of 2017 the Administrative Court of Tallinn asked the Police and Boarder Guard Board to review a residence permit application that was previously denied. The application concerned a USA citizen who had concluded a same-sex marriage in a foreign country with an Estonian woman, and applied for a residence permit in order to live with her same-sex spouse in Estonia. The Police and Boarder Guard Board appealed the decision, however, the Circuit Court of Tallinn reached the same decision as the Administrative Court of Tallinn, and required the Police and Boarder Guard Board to issue a residence permit. The Court clarified that there are no provisions in the Estonian law that prohibited issuing of a residence permit to a person residing with her spouse for the duration of a court action, including when it concerns the marriage of a same-sex couples concluded in a foreign country. The couple longed an appeal to the Estonian Supreme Court, but their case was dismissed in April 2018. Then the couple entered into a cohabitation agreement regulated by the Registered Partnership Act since the Supreme Court had ruled that this legal act constituted a part of the Estonian legal order. This allowed the American partner to reside in Estonia. The Supreme Court explained that right to family life in the context of the Constitution has not been made conditional on the gender or sexual orientation of the family members.

27. The application to recognize a cohabitation agreement concluded at the Estonian Embassy in France was also discussed in Estonia. The applicant considered it necessary for the cohabitation agreement to be recognized in order to fulfill the conditions stated in the § 15 (2) of the Registered Partnership Act. This provision states that: “during the period of validity of a registered partnership contract, a registered partner may only adopt the other registered partner’s child pursuant to the procedure provided for in Chapter 11 of Part 2 of the Family Law Act”. The court did not consider it necessary to recognize the cohabitation agreement and refused to accept the application. The court stated that in the absence of both the implementing provisions concerning the cohabitation agreement and the grounds for recognition as the agreement was concluded in the Estonian Embassy in accordance with the Estonian law provisions, therefore the application was not submitted in defense of the applicant’s statutory right or interest. This view was also upheld by the circuit court, confirming that a partnership registered abroad at the Estonian Embassy does not require separate recognition in Estonia⁴⁹.

28. It is also worth mentioning the cases related to requirement to present by the foreign national a certificate of legal capacity to contract marriage in Estonia when it concerns conclusion of the cohabitation agreement in the context of the same-sex couples rights’ recognition. In one of the cases the Ukrainian citizen wanted to conclude a “cohabitation agreement” with the Estonian citizen⁵⁰. He was required to provide a certificate of legal capacity to contract marriage from the country of his residence or nationality, and applied to the County court to obtain consent to enter into the “cohabitation agreement” without providing this certificate as stated in § 39 (5) of the Vital Statistics Registration Act⁵¹. The Cou-

⁴⁸ V. VOGLAID, “Judicial Activism in Distortion of the Concept of Marriage. Comment to the Tallinn Circuit Court Ruling from 24 November 2016 on the Case *Ats Joorits vs Harju County Government* (3-15-2355)”, *Juridica* 2018, no. 1.

⁴⁹ Circuit Court of Tallinn 29 April 2016, no. 2-16-2214/6,

⁵⁰ County Court of Harju 23 August 2016, no. 2-16-11965/5.

⁵¹ “(5) A citizen of a foreign state whose residence is in a foreign state or who has resided in Estonia less than six months immediately before the submission of an application for marriage and who is unable to submit a certificate of legal capacity to contract marriage with good reason may be granted permission for contraction of marriage without the certificate by the court in whose territorial jurisdiction the marriage is intended to be contracted. Permission is valid for six months”.

nty Court found that although the wording of the said law had not been amended since the Partnership Act entered into force, persons wishing to enter into a “cohabitation agreement” must be treated on the same basis as persons concluding marriage. Thus, after assessing the evidence, the court allowed the third-country national to enter into a “cohabitation agreement” without this certificate.

29. The County court also gave a permission to enter into the cohabitation agreement without a certificate of legal capacity to contract marriage to the Israeli citizen, who wanted to conclude such agreement with the Lithuanian citizen. The Lithuanian citizen had his residence place and permit in Estonia. Lithuania has also issued him a certificate of legal capacity to contract marriage. The court did not find any obstacles for the Israeli citizen to marry, and confirmed that there “the application of the person who wishes to enter into the cohabitation agreement cannot be treated differently than the application of the person who wished to marry”⁵².

30. The influence of the ECJ ruling is visible in the Estonian case law, as in September 2018 the court stated that in the matters related to issue of residency permits same-sex couples must be treated the same way as opposite-sex couples. In June 2019 this decision was confirmed by the Supreme Court of Estonia. On 21 June 2019, the Supreme Court of Estonia stated in two cases that the refusal to grant a residence permit to a foreign same-sex partner of an Estonian citizen was unconstitutional⁵³. The court ruled that the section preventing the granting of temporary residence permits to same-sex partners registered in Estonia was unconstitutional and invalid in respect of the Aliens Act⁵⁴. In accordance with the principles of human dignity and equal treatment guaranteed by the Constitution of Estonia, the Supreme Court found that family law also protected the right of people of the same-sex to live in Estonia as a family.

31. It is also worth mentioning that the Estonian courts also relied on the Personal Data Protection Act⁵⁵ which in accordance with the § 21 (1) and the § 24 (3) gives a person the right to demand that his or her marital status is correctly recorded in the Population registry.

32. It should be noted that in Estonia according with the current case law, the courts offer same-sex couples protection guaranteed by the Constitution. If there are situations when there is no law provision on the implementation of the Registered Partnership Act a solution is found in the law guaranteeing protection to the family life (the entry into cohabitation agreement and adoption). The court thus obliges to allow enter into cohabitation agreement without a marriage certificate or to perform required entries in to the Population registry. Nevertheless, it does not mean that cohabitation is equal to marriage as defined in the Constitution or the Family Law Act.

33. This was the main ground to refuse acceptance of the names acquired abroad in the first cases in **Lithuania**. The courts referred in this case to the public policy clause set up in the art. 1.11 of the Lithuanian Civil Code. They were following the explanation of the Constitutional Court regarding the constitutional status of the Lithuanian language as an official language of the State. The entries in ID documents, written differently than the Lithuanian language requires (eg. using “w” instead of “v”), were considered to be a violation of a constitutional status of the official language and thereof would have diminished its significance in Lithuania. This practice has changed lately and courts do not apply the public policy clause anymore.

Vital Statistics Registration Act from 20.05.2009, entered into force on 01.07.2010 (partially on 22.06.2009), RT I 2009, 30, 177. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012015006/consolide>.

⁵² County Court of Harju 26 August 2018, no. 2-18-10607/2.

⁵³ Supreme Court of Estonia 21 June 2019, no. 5-18-5. Please refer to: <https://www.riigikohus.ee/et/laheidid/?asjaNr=5-18-5/17> [in Estonian].

⁵⁴ The Aliens Act entered into force on 01.10.2010, RT I, 3.4.2010. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/518112013013/consolide/current>.

⁵⁵ The Personal Data Protection Act entered into force on 01.01.2008, RT I 2007, 24, 127, The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/503012019006/consolide>.

34. Latvian courts deny to grant recognition for the names acquired abroad. The rules on writing names of both Latvian citizens and foreigners in Latvia are quite strict and generally require complying with Latvian language⁵⁶. These rules were applied in order to justify denial of recognition. The courts in their rulings provided the same reasoning. The arguments were as follows:

- The adding of the letter “s” at the end of a name required by the Latvian language rules is unlikely to cause difficulties for a person while taking advantage of the EU freedoms. It worth to mention, that Latvian passports contain both “*latvianized*” form of the name and the original one (on the other page). Consequently, the courtes concluded that the restriction is not disproportionate and thus no infringement can be detected.
- The fact that Latvia became a member of the European Union does not diminish the role of the Latvian language as a state language in an independent in a democratic republic, which results in a legitimate requirement to follow the norms of the Latvian language in the writing and reproduction of spelling words. The *Mencena* case⁵⁷ assesses the proportionality of the violation of a person’s right to privacy in the context of the use of the official language.
- The Latvian Constitutional Court in a judgment of 21 December 2001 in case No. 2001-04-0103 has justified the display of names of a different language in Latvian language, adapting them to the grammatical features of the Latvian language, since the grammatical basis of the Latvian language is the terminals which indicates the meaning of the generic and proper names, singular or plural, as well as the function of the words in the sentence. When assessing the proportionality of a restriction, the role of the Latvian language as a state language in Latvia has to be taken into account. The purpose of the restriction is increasing the influence of the state language, a means of social integration. In Latvia, the state language is considered the essential part of the democratic state, therefore the restriction established in Section 19 of the State Language Law is proportional.

35. Due to the regulation that allows spelling of the non-Estonian name in accordance with the rules of orthography of the relevant language (in accordance with the law of the nationality of the person), this issue did not raise particular questions in Estonia.

II. Process of recognition

1. Rules and procedure of recognition

36. There are no specific rules or procedures on recognition. Lithuanian, Latvian and Estonian authorities will recognize the status acquired abroad if it is confirmed by the valid document (e.g. birth certificate). In all three countries, usually, recognition is based on the documents confirming the status in question provided by the applicant. In all of the cases the courts and other authorities considered recognitions of the status that was registered in official registry.

37. In order to recognize the status by Lithuanian, Latvian or Estonian civil registry authorities, the status has to be documented. This requirement is quite strict. A certified copy of the status registration has primarily the value of proof.

38. The rules regarding civil status acts provide the information in this regard. In order to include foreign birth certificate or marriage certificate in Lithuanian civil registry and to issue a Lithuanian birth certificate it is required to submit the document issued by the foreign official institution (e.g. birth

⁵⁶ Section 19 of the Official Language Law of 9.12.1999, “Latvijas Vēstnesis”, 428/433 (1888/1893), 21.12.1999., “Ziņotājs”, 1, 13.01.2000. Available at: <https://likumi.lv/ta/en/id/14740-official-language-law>.

⁵⁷ ECtHR 7 December 2004, *Mentzen v. Latvia*, No 71074/01.

certificate, statement of birth record or other document). Latvian and Estonian⁵⁸ authorities also require presenting a document issued by a public authority of a foreign state. However, in case of Lithuania civil registry will include a foreign birth or marriage certificate into Lithuanian register only under certain conditions. Birth certificate will be included only if the parents or one of them are Lithuanian citizen or a person acquired Lithuanian citizenship. There is no such rule regarding marriages, thus, Lithuanian civil registration rules do not prohibit inclusion of the foreign marriage certificate into Lithuanian civil registry even if both of the spouses are foreign citizens. However, the marriage concluded abroad still has to comply with the requirements of the provisions of Articles 3.12–3.17 of the Lithuanian Civil Code. These articles provide conditions for conclusion of marriages. These are the requirements to be of a different sex, proper age (18 years), to have active legal capacity, prohibition of polygamy, prohibition to conclude marriage between close relative, finally, stipulates voluntary character of marriage. Nonetheless, a person who intends to marry before the age of 18 could request a court to reduce the legal age of consent to marriage, but by no more than three years. Consequently, the earliest age that a person can conclude a marriage in Lithuania is 15 years. This means that also in case of a marriage concluded abroad, in a situation when spouses were of 15 years old at the time of conclusion of marriage could be recognized in Lithuania. The question if in such case the conclusion of a marriage abroad would have to be preceded with a court or other relevant authority decision remains open.

39. The rules on registration of civil status are quite strict in this regard. If the marriage is concluded in a foreign country other than the European Union Member States in which the religious marriage is tantamount to civil marriage and is not included in the state civil registry, the religious marriage cannot be also registered in Lithuanian civil registry. Consequently, a religious marriage concluded in the EU Member State shall be recognized.

40. In Latvia and Estonia official documents only are accepted. In cases of recognition of fatherhood, it is satisfactory to have a notarial act authenticated with Apostille or legalized. There are no additional requirements for recognition. Particularly the civil registrar or the court does not check whether the foreign authority was competent to issue the document or if it applied the proper law.

41. All the documents should be translated to Lithuanian or respectively Latvian language and the translation should be certified by the notary. In Estonia the documents in English and Russian are accepted (otherwise they must be translated into Estonian, Russian or English). If the documents have been translated, the evidence shall be submitted with a translation confirmed by a notary authority, consular officer or sworn translator. The foreign documents must be legalised or with a confirmed Apostille, unless the international agreement states otherwise.

42. The foreign civil registry acts are being registered in Lithuanian, Latvian or Estonian civil registry. As it was already mentioned above the authorities will refuse to recognize if the recognition would be against public policy clause. If the applicant is being refused to recognize his civil status or its element he has a possibility to appeal to the court.

43. In all three Baltic states, we can consider *de facto* recognition by choosing the place of registration as the connecting factor. The civil registrars are not applying conflict-of-laws rules in this case. In fact they are rewriting the data from the original document without any interference into its content, unless there is obvious violation of public order.

⁵⁸ Please refer to the main legal acts: 1) Vital Statistics Registration Act from 20.05.2009, entered into force on 01.07.2010 (partially on 22.06.2009), RT I 2009, 30, 177. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012015006/consolide>, and 2) Population Register Act from 31.05.2000, entered into force on 01.08.2000 (partially on 01.01.2001), RT I 200, 50, 317. The English text is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/516012014003/consolide>.

44. So far, there has not been any case law considering the consequences of the recognition. The majority of cases were related to the acceptance of a name. Courts accepted or refused the name as such. In case of refusal to recognize the original spelling of the name, it was being written according Lithuanian language rules, but the acquisition of name as such was not a matter of dispute. In other words, the change or acquisition of name abroad was being accepted, but the spelling of that name was not, and therefore, the name was rewritten according Lithuanian language rules, eg. “w” changed to “v”, “x” to “ks” etc.

45. In Latvia the case law regarding recognition of names was unfavourable for the applicants and the recognition of names was not granted. The issue of names is not relevant for Estonia.

46. Recognition can also be based on a court decision. States have special rules for this kind of recognition. In majority of cases, the usual rules related to recognition of foreign judgements apply. Noteworthy, that in the Baltic states if the irreconcilable status decisions were issued by the courts – the general rule on conflicting judgements will be applied. Moreover, in Lithuania, in case of decisions regarding name the courts are following the intention of the party. The fact if there is first registration or not is not so relevant in this case. For instance, if a person has two citizenships and accordingly two ID documents issued by different countries, the person decided which one to consider as the main one and the courts do not question this⁵⁹.

47. Decision on the family status can be recognized by the Court of Appeal of Lithuania according Article 809 of the Code of Civil Procedure of Lithuania⁶⁰. An exequatur proceeding is needed for the decisions changing civil status and therefore, affecting civil registry entries need enforcement. The rules on civil status registry require the recognition of foreign judgement. The court can refuse to recognize a decision only if it is incompatible with public order.

48. The article 637 of the Civil Procedure Law of Latvia lists the grounds of non-recognition of foreign judgements⁶¹. The list is not different of the similar lists in other national laws. For instance, a foreign judgement can be denied to grant recognition in Latvia if it is incompatible with public order, if the defendant has not been properly informed about the case etc. In regard of the court decisions regarding judgements related to custody, guardianship and access rights the law provides additional grounds of non-recognition.

49. In accordance with the Code of Civil Procedure of Estonia from 20.04.2005⁶² there are two types of proceedings related to recognition of court decisions and other enforcement instruments: A) of the Member States of EU, and B) other foreign states.

50. Ad A) In accordance with the § 619 of this Code its provisions are applicable to the the extent not otherwise provided by Council Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Council Regulation 2201/2003/EC concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation 1347/2000/EC, Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council, creating a European Enforcement Order for uncontested claims (OJ L 143, 30.04.2004, pp. 15–39), Regulation (EC) No 896/2006, Regulation (EC) No 861/2007, Council Regulation (EC) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations and other regulations of the European Parliament and of the Council.

⁵⁹ Vilnius District Court decision 10. October 2016, No I-4527-281/2016.

⁶⁰ Lietuvos Respublikos Civilinio proceso kodeksas, 28.02.2002, Law Nr IX-743, available at: <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.2E7C18F61454>.

⁶¹ The Civil Procedure Law of 14 October 1998, “Latvijas Vēstnesis”, 326/330 (1387/1391), 03.11.1998., “Ziņotājs”, 23, 03.12.1998. Available at: <https://likumi.lv/ta/en/id/50500-civil-procedure-law>.

⁶² The Code of Civil Procedure entered into force on 01.01.2006, RT I 2005, 26, 197. The text in English is available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide>.

51. Ad B) In accordance with the § 620 of this Code “(1) A court decision in a civil matter made by a foreign state is subject to recognition in the Republic of Estonia, except in the case where:

- 1) recognition of the decision would be clearly contrary to the essential principles of Estonian law (public order) and, above all, the fundamental rights and freedoms of persons;
- 2) the defendant or other debtor was unable to reasonably defend the rights thereof and, above all, if the summons or other document initiating the proceeding was not served on time and in the requisite manner, unless such person had a reasonable opportunity to contest the decision and the person failed to do so within the prescribed term;
- 3) the decision is in conflict with an earlier decision made in Estonia in the same matter between the same parties or if an action between the same parties has been filed with an Estonian court;
- 4) the decision is in conflict with a decision of a foreign court in the same matter between the same parties which has been earlier recognized or enforced in Estonia;
- 5) the decision is in conflict with a decision made in a foreign state in the same matter between the same parties which has not been recognized in Estonia, provided that the earlier court decision of the foreign state is subject to recognition or enforcement in Estonia;
- 6) the court which made the decision could not make the decision in compliance with the provisions of Estonian law regulating international jurisdiction.

(2) A court decision of a foreign state is recognized in Estonia only if the decision has entered into force pursuant to the law of the state which made the decision unless, pursuant to law or an international agreement, such decision is subject to recognition and enforcement as of the time such decision can be enforced in the state of the location of the court which made the decision.

(3) A court decision of a foreign state is recognized in Estonia without a need to conduct separate court proceedings. However, adjudication of its recognition may be requested pursuant to the procedure prescribed in this Chapter for declaring a decision enforceable if there is a dispute on recognition or if it is necessary to a person due to another reason for the purpose of exercising his or her rights.

(4) If adjudication of another court matter depends on the recognition of a court decision of a foreign state, the recognition may be decided by the court adjudicating such court matter.

52. The acceptance of status is not limited to European Union or even States with whom a (bilateral) treat exists. For instance, in one of the cases⁶³ the problem was related to a surname of a child of Lithuanian-Syrian citizens living in Dubai. The court in its judgement referred to the case-law of the CJEU and the Framework Convention for the Protection of National Minorities and that grounds has recognized the name. Nevertheless, usually cases are linked to two or more EU Member States.

53. In all cases Latvian courts denied recognition of the surnames acquired abroad.

54. Cases in which acceptance of status was at stake usually were related either to registration of names in official register⁶⁴ or to entries in identity documents⁶⁵. State of origin of the documents is very

⁶³ Vilnius District Court 22 November 2016 No. e2YT-45900-912/2016, available at: <http://eteismai.lt/byla/155195518892758/e2YT-39600-912/2016?word=Dubajuje>.

⁶⁴ Vilnius District Court decision 22 June 2016, No. e2YT-20181-592/2016, Vilnius District Court decision 12 April 2016, No. 2-53-727/2016; Vilnius District Court decision 10 October 2016, No e2YT-37412-430/2016; Vilnius District Court decision 11 April 2017, No. e2YT-12928-845/2017; Vilnius District Court decision 27 June 2017, No. e2-22851-820/2017. In all cases recognition was granted.

⁶⁵ Vilnius District Court decision 17 October 2016, No eI-6538-171/2016; Vilnius District Court decision 02 October 2017, No. eI-3580-764/2017; Vilnius District Court decision 10 October 2016, No I-4527-281/2016. In all cases recognition was granted.

different. In majority of cases, these are EU Member States, sometimes third countries⁶⁶. The documents and entries in registries are usually related to Lithuanian citizens or their children, who could have also double nationality⁶⁷.

55. Not applicable for Latvia, because the only cases related to recognition were about the names and in those cases the recognition was denied irrespectively of the state of origin.

2.2. Other requirement for recognition

56. In terms of analysis of the requirements of recognition of the civil status acquired abroad three more issues can be considered. First, the issue of the unknown foreign status: whether is possible to consider to recognize status non-existing under the national laws. Unfortunately, there are neither case-law regarding the “recognition” of a status that is absolutely unknown to the Lithuanian, Latvian or Estonian law nor the relevant provisions how to proceed in such a case.

57. Other important issues are connection to the State establishing the status and a certain period of time. Regarding the latter there is no requirement that the status has to be established for a certain time or that there is a period of time during which parties have to inform about the marriage concluded abroad or to provide a birth certificate issued abroad. Regarding the second issue, neither the courts nor the other authorities do not require any connection between the State of origin and the person involved. In most cases this issue was not even raised. It is sufficient that the document is valid in the State of origin. For instance, in one of the cases it was enough for the applicant to have both Lithuanian and French citizenships, habitual residence in Lithuania and to provide authorities with the French passport in which the name was written in the form acceptable for the applicant.

2.3. Revision

58. Lithuanian law does not foresee any particular revision rules in case if the status is recognized on the basis of the foreign court judgement. In case of recognition of marriage the case is different. First exception is set up in the Civil Code of Lithuania. Namely, article 1.25 par. 4 provides that “a marriage validly performed abroad shall be recognized in the Republic of Lithuania, except in cases when both spouses domiciled in the Republic of Lithuania performed the marriage abroad with the purpose of evading grounds for nullity of their marriage under Lithuanian law”. Therefore, the court could revise in the parties were not trying to avoid the application of the Lithuanian law. Secondly, the rules on the registration of civil status require checking whether a marriage concluded abroad does not violate articles 3.12- 3.17 of the Lithuanian Civil Code. Latvian and Estonian laws do not foresee any particular revision rules in case if the status is recognized on the basis of the foreign court judgement.

59. In Estonia among grounds for review in accordance with the § 702 of the Code on Civil Procedure the following worth mentioning is listed “(8) the European Court of Human Rights has established a violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, or Additional Protocols belonging thereto in the making of the court decision, and the violation cannot be reasonably corrected or compensated in any other manner than by review”.

60. The rules on the registration of civil status clarify that the registrar can ask the parties to provide additional documents, namely ID document, divorce judgment or the death certificate.

⁶⁶ Vilnius District Court decision 22 November 2016, e2YT-39600-912/2016; Vilnius District Court decision 19 December 2016, No e2YT-46636-432/2016.

⁶⁷ Kaunas District Court decision 23 February 2017, No eI-405-402/2017 (children held both Lithuanian and British nationality, the court granted recognition of name).

61. Additionally, could be added, that in some cases even if there are suspicions of circumvent the law the authorities do not take any steps in order to clarify if the status should be recognized. The best example is the recognition of status of a child born by a surrogate mother. According to the Lithuanian authorities even if it is evident that a couple (or at least a woman) which in the birth certificate are indicated as the parents of the child cannot be biological parents of it (eg. due to the age), the authorities will not check the authenticity of that fact. Even though that surrogacy arrangement are prohibited in Lithuania. The same approach is applicable for Estonia.

2.4. Database entry requirement

62. In Lithuania, Latvia and Estonia the status is accepted in the substance. In none of the cases the document itself raised any legal concerns. The documents are primarily the means of documentation/proof. As a consequence of recognition foreign civil registry acts have been included into national civil registry (Lithuanian – Centre of Registers, Latvia – Civil registry offices, Estonia – the Population Register). On the other hand, if the civil registry act is not included into national registry it does not preclude to recognize the status anyway.

63. The limits of the recognition in case of inclusion of foreign civil registry acts into national registries is not entirely clear. The existence of civil status can be proved also on the basis of a primary foreign document. For instance, in order to be divorced foreign citizens in Lithuania provide the court the original marriage certificate and there is no requirement to have the marriage registered in (or included into) Lithuanian civil registry. The other situation, that requires foreign citizens to prove that they are marriage is the case of adoption. Lithuanian law allows foreigner citizens to adopt a child in Lithuania only if they are married. Since the law does not provide any further details in this regard, the question if it is required to include foreign marriage certificate into Lithuanian civil registry is open. However, such a requirement can be considered as exorbitant.

2.5. Change of status consequences

64. In Lithuania change of status in the state of origin does not affect directly the status in the second state. In one of the cases the parties had dispute over the property⁶⁸. One of the parties claimed that this is marital property and should have been distributed accordingly, the party claimed that the marriage between him and the claimant was void. From the documents presented by the parties it became evident that the marriage concluded in the USA but not formally accounted in Lithuania, later was announced void in the state of origin. The issue of the validity of marriage and its recognition was a preliminary question in the case. The court pointed out several important aspects: 1) the existence of marriage is essential in that case, 2) the fact that there was lack of entries about the marriage in Lithuanian civil registry does not presume that that marriage is not existing or invalid, 3) Lithuanian courts do not have jurisdiction over the case of the potential annulment of the marriage. Finally, the court decided that the presumption that the marriage had been concluded should be recognized and distributed the property as marital property of the spouses.

65. In Latvia change of status in a foreign state does not have direct effect, it needs to be recognized (e.g. the court decision could be provided and recognized accordingly).

66. In Estonia change of status in a foreign state does not have direct effect, it should be recognized.

⁶⁸ Court of Appeal of Lithuania of 17 October 2017, No 2A-535-580/2017.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: SPAIN*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: ESPAÑA

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ*

Lecturers of Private international law

University of Murcia

ORCID ID: 0000-0003-2374-4267

Recibido:20.12.2021/Aceptado:27.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6741>

Abstract: The case law of the CJEU and the ECtHR enhances the recognition of a status acquired abroad. The aforementioned case law has changed and is changing the private international law methodology and practice in national law. This paper analyses how this case law has changed Spanish private international law, particularly when a legal situation related to the status of the person that has been validly created abroad is sought to be recognized in Spain.

Key words: Personal status, personal law, recognition, status acquired abroad, national private international law.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna de muchos Estados. Este trabajo analiza los efectos que ha tenido esta jurisprudencia sobre el Derecho internacional privado español cuando éste se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en España.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado de producción interna.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL / M. MELCHER, “Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 1, 2022.

**This paper has been written in the framework of the University of Murcia Research Group E070-05 on “European private international law”, of the University of Murcia Instructional Innovation Group GID-22 on “Law and creative instruction”, of the Network “Red Europa-España de Derecho internacional privado” (www.redespañaeuropa.es) and of the Group “Accursio” on Research, Practice and Instruction of private international law (www.accursio.com), all of them directed by prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. This paper is also a result of the LOGOS-BBVVA FOUNDATION Research project “The Roman foundations of European law of the 21st century” (ROMEU21), whose PI is J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. For the purpose of the assessment of research activity by national or international agencies, it is noted that M.A. CEBRIÁN SALVAT is the author of sections I, II and IV and I. LORENTE MARTÍNEZ is the author of section III.

Summary: I. General. A. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice. B. Substantive scope. C. Grounds for recognition/acceptance. II. Process of recognition/acceptance. A. Methodology. B. Requirements (formal and material). III. Implementation / Effects of the recognition or acceptance in the second State. IV. Further issues.

I. General

A. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice

1. The position of Spanish academia regarding the recognition of a personal status acquired abroad is highly conditioned by the current state of Spanish private international law rules on this matter.

2. As it can be seen in our recent Law for International Civil Cooperation (2015)¹, Spanish private international law does not use the method of recognition beyond judicial decisions. Broadly speaking, this means that this method is not applicable to legal situations validly created abroad by administrative acts (such as marriages) or by operation of law (the so-called, “crystallised situations”, such as names, gender or legal age). When one of these legal situations seeks to have effects in Spain, the Spanish judicial, administrative or registry authority deals with it via the method of “applicable law”: the situation is treated as if it had to be “created” ex novo in Spain, according to Spanish conflict of laws national rules.

3. Only two exceptions can be noted in relation to a foreign status acquired abroad. There is a legal exception in art. 56 of the Law on the civil Registry, which contains a transposition of the ECJ case law in relation to mutual recognition of surnames and a more restrictive rule that also permit the recognition of surnames acquired in third States under certain circumstances². The other exception was established by case law. The Spanish Supreme Court has determined that the method of recognition shall be applicable to establish the effects in Spain of a filiation derived from a surrogacy agreement carried abroad, even if this filiation was not created by a judicial decision.

4. As a consequence, the method of recognition of a foreign status will be used or not, depending on: (i) the matter of the personal status concerned (name, capacity, gender, filiation and parentage –natural or legal-, marriage, divorce, creation or dissolution of civil unions), (ii) the proceeding –if any- in which this legal characteristic has been acquired abroad (*ex lege*, by a judicial decision, by agreement of the parties involved, by the inscription in a foreign register, by the intervention of an administrative

¹ Law n. 29/2015, of the 30 July, of international civil cooperation (“Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”), *BOE*, n. 182, 31 July of 2015.

² Law 20/2011, of the 21st of July, on the Civil Registry (“Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”), *BOE*, n. 175, of 22 of July of 2011, available at: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>. This Law entered into force the 30 of April of 2021, after successive delays.

“Art. 56. Surnames with a foreign element (“*Artículo 56. Apellidos con elemento extranjero*”).

Whoever acquires Spanish nationality shall retain the surnames that he or she holds in a form other than the legal form, provided that he or she so declares in the act of acquiring it or within the two months following the acquisition or coming of age, and that the surnames that he or she intends to retain are not contrary to international public policy. (“*El que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos que ostente en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, y que los apellidos que se pretenden conservar no resulten contrarios al orden público internacional*”).

In the case of Spanish citizens who are also nationals of another Member State of the European Union, voluntary changes of surnames made in accordance with the rules on the determination of surnames applicable in the latter State shall be recognised in Spain, except where such a change is contrary to Spanish public policy, or where such a change is the result of a court decision that has not been recognised in Spain”. (“*En caso de ciudadanos españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea, los cambios de apellidos voluntarios realizados de conformidad con las reglas relativas a la determinación de apellidos aplicables en este último Estado serán reconocidos en España, salvo cuando dicho cambio sea contrario al orden público español, o bien cuando habiendo sido dicho cambio resultado de una resolución judicial ésta no haya sido reconocida en España*”).

authority or of a Notary Public...) and (iii) the geographical origin of the situation that was created (UE/third States).

5. Taking into account the narrow scope of application of this method in Spanish private international law, it is understandable that only a few papers address the topic of the recognition of personal status acquired abroad in a theoretical way³. The tendency of Spanish researchers to study existing law rather than possible law has also contributed to the scarcity of work on the subject. There is a need for voices that defend that the adoption of this method would benefit private individuals and a sound administration of justice.

6. In contrast, Spanish academia has prolifically commented on the ECJ and ECHR judicial decisions applying the method of recognition to personal status acquired in another Member State⁴. These papers do not defend the extension of such a method to the cases where national private international law applies (i.e. when the name or surname is given in a third State) and to other situations created by an administrative act (such as marriage) or directly by the Law (legal age, gender) in relation to which the ECJ or the ECHR has not yet ruled.

7. In the same vein, only a few Spanish private international law handbooks focus on the study of the method of “recognition” beyond judicial decisions⁵. The rest of handbooks develop the theory of recognition in a very “classical way”, focusing in this method only in relation to foreign judicial decisions. When these handbooks talk about the decisions of the ECJ and ECHR that apply the method of recognition, they don’t explain the method as itself, but only the facts and the fail of the decisions⁶.

³ Some recent papers that deal with recognition are the following: P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 35, junio 2018; M. GARDEÑES SANTIAGO, “El Método De Reconocimiento Desde La Perspectiva Del Derecho Internacional Privado Europeo Y Español”, *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, Tomo XVII, 2017; M. LEHMANN, “El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 240-257.

⁴ For example, about ECJ case law: M.D. BLÁZQUEZ PEINADO, “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: TJCE - Sentencia de 14.10.2008, S. Grunkin y D. R. Paul, C-353/06”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, n. 33, 2009, pp.649-664; M. REQUEJO ISIDRO, “STJCE (Gran Sala), Grunkin-Paul, 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 60, n. 2, 2008, pp. 603-606; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombres y apellidos”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. 62, n. 2, 2010, pp. 149-164; G.M. TERUEL LOZANO, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo: Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el derecho internacional privado de los estados”, *Anales de Derecho*, n. 29, 2011, pp. 177-223. About ECHR case law, among others: A. CAÑIZARES LASO, “Paradiso y Campanelli c. Italia: un caso para la reflexión”, in J. AMMERMAN YEBRA et al., *Mujer, maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 649-661; M. DÍAZ CREGO, “Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?”, *Revista española de Derecho europeo*, n. 64, 2017, pp. 185-200; N. OCHOA RUIZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el asunto Paradiso y Campanelli c. Italia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 9, 2017, pp. 135-148. About Spanish case law (Supreme Court and “Dirección General de los Registros y el Notariado”, now called “Dirección General de Seguridad jurídica y fe pública” decisions on surrogacy cases): A. DE MIGUEL Díez, “Análisis de la gestación subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo”, *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, n. 130, 2018, pp. 72-73; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / A.-L. CALVO CARAVACA, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, n. 2, 2015, pp. 45-113; B. HERMIDA BELLOT, *Gestación subrogada ¿Técnica o forma de reproducción?: conceptualización, marco jurídico y problemática en el ordenamiento jurídico español*, PhD Thesis, Universidad CEU - Cardenal Herrera, 2017; S. ZUBERO QUINTANILLA, “Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. extra 8, n. 2, 2018, pp. 226-252; B. ANDREU MARTÍNEZ, “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. extra 10, n. 2, 2019, pp. 64-85; J.M. DÍAZ FRAILE, “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, n. 1 (enero-marzo), 2019, pp. 53-131.

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vols. 1 and 2, Comares, Granada, 2018; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 321.

⁶ For example, C. ESPLUGES MOTA ET AL., *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2014, regarding names see p. 334.

8. This lack of scholar awareness has been echoed in politics. There is no significant political discussion regarding the need of introducing the method of recognition to the rest of situations not yet covered by the Law. The reason might be that Spanish legislation on this matter is very permissive in issues such as marriages between people of the same sex, gender change or natural filiation of two women and not many problems have been triggered for the application of the “applicable law” method. The only issue that has been on the political agenda is surrogacy. In addition to the political discussion related to the drafting of a law regulating this practice, there is a strong debate on the compatibility of Spanish public policy with a surrogacy carried out abroad. The most controversial matter is if the method of recognition should be used in relation to a surrogacy carried out abroad when such filiation was not established by a judicial decision. In 2019, the government expressed its rejection to the use of the method when the judicial decision is missing, even if the genetic filiation was proved by DNA tests⁷, showing the tensions between the Ministry of Justice and the Directorate General for the Registers and Notaries (hereinafter, “DGRN”), the civil authority in charge of the Civil Registers (more favourable to recognition)⁸.

9. Regarding the administration, the Directorate General for the Registers and Notaries⁹ is the competent authority to develop in Spain the ECJ case law regarding mutual recognition in the field of names¹⁰.

10. Regarding case law, the most outstanding one is the Decision of the Supreme Court of 6 February 2014 regarding surrogacy agreements. This decision sheds light on the method that shall be used under Spanish national PIL before registering a foreign status in Spain. In the case, the intended parents requested the registration of the birth and filiation in the Spanish Registry of a certificate of birth issued by the Californian Registry. There was a Californian judgment, but it was not included in the proceedings¹¹. The actors chose the way of art. 85 of the Regulation of the Civil Registry, on the registration in the Spanish Civil Registry of foreign registry’s certifications, because of its (apparent) simplicity. Of course, things would have been different if the judgment had been included in the proceedings: Spanish authorities should have applied Spanish rules on the registration of a foreign judgment in the Spanish Registries (art. 83 of the Regulation on the Civil Registry), which lead to the rules on the recognition of foreign judgments (arts. 44-49 LCJIMC –nowadays– and arts. 951-958 of the Old Law on Civil Procedure of 1881—at the time of the decision–).

11. Art. 85 of the Regulation on the Civil Registry only establishes some formal requirements for the registration of foreign registry’s certificates (the document shall be “regular” and “authentic”). In addition, the officers of the Spanish Registries apply a conflict of laws approach to determine if the status to be registered is consistent with Spanish law. This substantive control is based in art. 23 of the Law of the Spanish Registry, to which the aforementioned Regulation serves as development. This article states that control has to extend not only to the reality of the fact included in the foreign certificate

⁷ See pieces of news such as the one available at: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-19/ucrania-vientres-de-alquiler-gestacion-pasaporte_1834958/

⁸ In Spanish, “Dirección General de los Registros y el Notariado”.

⁹ The 28 January 2020 this Directorate General absurdly changed its name into: “Directorate General on Legal Security and Notary Attestation” (“Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”).

¹⁰ Instruction of 24 February 2010 of the Directorate General for Registers and Notaries on the recognition of surnames registered in other Member States (“Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE”), *BOE*, n. 60, 10 march 2010, available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3995>. See decisions of this Directorate General (hereinafter, “RDGRN” or “Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado”) such as RDGRN [3rd section] 27 January 2014 and RDGRN [2nd section] 27 November 2013.

¹¹ This is said in the Supreme Court decision, ground n. 1, par. 7 (translation of the authors): “Neither the surrogacy contract nor the judgment of the Californian court attributing paternity to the present appellants has been introduced into the proceedings, but the appellants have admitted in their pleadings the existence of that contract and reference has been made throughout the proceedings to the existence of such a judgment, which is required by the California Family Code” (“*No se han aportado al proceso ni el contrato de gestión por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los hoy recurrentes, pero estos han admitido en sus alegaciones la existencia del citado contrato y se ha hecho referencia a lo largo del litigio a la existencia de tal sentencia, exigida por el Código de Familia de California*”).

but also to the fact that there is no doubt about the “legality according to Spanish Law” of the circumstance that intends to be inscribed. Before this decision, “legality according to Spanish law” was usually understood as a substantive control according to Spanish law.

12. The Supreme Court states that a substantive control is necessary, but it shall not be conducted from a conflict of laws approach. The legal technique of recognition shall be applied. The consequence of this distinction is that the officers of the Spanish Registries shall not check if the circumstance that intends to be registered complies with Spanish law as a whole, with each and every requirement of Spanish legislation. They shall only check if it does not undermine Spanish public policy. In the words of the Court: “*We are not facing a “fact” that has to be subject for the first time of a decision of authority in Spain and that, given that it presents a foreign element (the place of birth, at least) shall be resolved according to the substantive law pointed out by the applicable conflict of laws rule. The legal technique that shall be applied is not conflict of laws but recognition. There is already an authority decision, the one adopted by the administrative authority of the Civil Registry of California when registering the birth of children and determine an affiliation in accordance with California law. We have to solve if that decision of authority can be recognized, and display its effects in the Spanish legal system, specifically the determination of the affiliation in favour of the appellants*”¹².

13. The DGRN decisions mainly focus on the ECJ perspective. However, the ECHR perspective (right to an identity, to a family, dignity of women...) is also present in the discussion and somehow lies behind the aforesaid Supreme Court decision. This case was about the inscription of the filiation of two Californian babies born in California from a surrogate mother and a couple of Spanish men. The filiation of the couple is not registered due to “*ordre public*” reasons. Regarding scholars, the arguments in favour of status recognition are most of them based in cost efficiency (no need to apply or prove the Law applicable to the situation), in the enhance of the free movement of people and in the increase of foreseeability¹³. Against this method, the possibility of “bad forum shopping” is the main argument used.

14. There is one last issue of general awareness that shall be pointed out. As A.-L. Calvo Caravaca and J. Carracosa González underlined, the method of “recognition” in relation to the personal status is not included in Spanish Private International Law because it was *de facto* “hidden” behind the conflict of laws rule regarding such status (art. 9.1 CC). In fact, through this article, which applies the connecting factor of the national law, the personal status that had been established according to such national law was directly “recognized” in Spain.

B. Substantive scope

15. A personal status acquired “abroad” can have effects in Spain according to the general rules on the validity of foreign decisions. The first thing that needs to be clarified is that “recognition” as such is only possible in relation to judicial decisions (or similar decisions held by an authority with power of “*ius imperium*”). Recognition provides the decision and therefore the personal status established by it with the force of *res iudicata* and with a “constitutive” effect. When the personal status is established

¹² Supreme Court decision, ground 3, par. 2, 2 (translation of the authors): “The legal technique applied is not that of conflict of laws, but that of recognition. There is already an authoritative decision, the one adopted by the administrative authority of the California Civil Registry when registering the birth of the children and determining filiation in accordance with Californian law. It is necessary to decide whether that decision can be recognised and its effects can be deployed in the Spanish legal system, specifically the determination of parentage in favour of the appellants” (“*La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español*”).

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2018.

by a public document (i.e. a marriage certificate, a public deed recognizing affiliation), by a private document (i.e. a recognition of affiliation in a will) or *ex lege* (i.e. legal age), “recognition” in this narrow sense is not possible, because these documents or decisions allow appeal or review before a court.

16. However, this does not mean that personal status included in some of the latter categories cannot display any kind of effects in Spain. When the status appears in a public document, it can be registered in Spanish Civil Registries. In relation to this, the general rule is the one confirmed by the aforementioned decision of the Supreme Court in 2014. Both a formal and a substantive control of the document is required. This substantive control is made by the method of “recognition”, that is to say, it is not necessary to check if the status is valid according to Spanish law, but if it is in line with Spanish public policy. It is important to underline that this inscription in the Registry does not mean that the status is being “recognized” (in the sense of granting the force of *res iudicata* and constitutive effects).

17. In relation to the inscription of public documents, we can find two relevant exceptions. The first one is marriage. The inscription of marriage is not only governed by art. 59 of the Law on the Civil Registry and art. 85 of the Regulation on the Civil Registry. According to article 65 of the Civil Code¹⁴ and article 256 of the Regulation of the Civil Registry¹⁵, a substantive control should be made when the recognition of a foreign marriage is requested in Spain. This control has been named by academia as the “legal flashback system” (“sistema del flashback legal”), because Spanish authorities examine the marriage according to Spanish conflict of laws rules¹⁶. They “go back” to the moment when the marriage was celebrated and apply Spanish conflict of laws rules to it. Spanish COL rules are applied and they point out the applicable law. However, Spanish COL rules regarding marriage (“form”, particularly) are not simple. They are based in the *lex loci celebrationis* criterion, but they have got some exceptions (depending on the nationality of the spouses). As a result, marriages that were valid in their country of origin will not be valid according to the law pointed out by the Spanish COL rule and therefore not recognized in Spain.

18. The second exception is “name recognition”. A “recognition by acceptance” method shall be applied when the case falls under the scope of the ECJ decisions on the matter. The Instruction of the DGRN of 24th February 2010 explains how Spanish registers shall apply the ECJ case law on this subject matter¹⁷. This Instruction is not a “law” in the narrowest sense, but in practice it is followed by all the officers of the DGRN. On April 30, 2021, the new Law on the Civil Registry came into force. This new law includes a provision regarding the recognition of surnames acquired in the State of the former nationality (art. 56 of the Law on the Civil Registry). According to it, whoever acquires Spanish nationality shall retain the surnames that he or she holds, provided that he or she so declares in the act of acquiring it or within the two months following the acquisition or coming of age, and that the surnames that he or she intends to retain are not contrary to international public policy. A second paragraph of the provision particularly refers to surnames acquired in another Member State, stating that in the case of Spanish citizens who are also nationals of another Member State of the European Union, voluntary changes of surnames made in accordance with the rules on the determination of surnames applicable in the latter State shall be recognised in Spain, except where such a change is contrary to Spanish public policy, or where such a change is the result of a court decision that has not been recognised in Spain. As it can be seen, this provision does not cover all the situations where the principle of mutual recognition

¹⁴ Royal Decree of 24 July 1889 publishing the Civil Code (“Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil”), *Gaceta de Madrid*, n. 206, 25 July 1889, available at: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

¹⁵ Decree of 14 November 1958 approving the Regulations of the Civil Registry Law (“Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil”), *BOE*, n. 296, 11 December 1958, available at: [https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con).

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Comares, Granada, 2018.

¹⁷ Instruction of 24 February 2010 of the Directorate General for Registers and Notaries on the recognition of surnames registered in other Member States (“Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE”), *BOE*, n. 60, 10 March 2010, available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3995>

established by the ECJ might apply (for example, when the name is acquired at the country of the habitual residence of the person). When the article is not applicable, case law of the ECJ shall be pleaded before the Civil Registers.

19. As it will be seen below, the interpretation of the term “public policy” is different depending on the origin of the surname to be “recognized”. In Spanish civil law, two surnames are required: one shall come from the paternal branch and one from the maternal branch (art. 49.2 of the Law on the Civil Registry)¹⁸. The DGRN has considered that these principles take part into Spanish public policy when the surname comes from a third State. As a consequence, (i) a single surname acquired in a third State cannot be recognized in Spain and (ii) two surnames coming from the same branch cannot be recognized either¹⁹.

20. Foreign public documents and therefore the personal statuses established by them can also have incidental effects in a judicial proceeding (art. 144 and 323 of the Law on Civil Procedure²⁰). Private documents too (art. 324 of the Law on Civil Procedure). A status acquired ex lege can also be pleaded before a court. To determine the validity and the effects of these personal statuses before a court or in any other context different from the inscription in the Spanish Civil Registry, a conflict of laws method is applied. The Spanish authority will apply the Spanish conflict of laws rules to determine the applicable law to that document or circumstance and will only consider it valid if it is compatible with that applicable law pointed out by the conflict-of-law rule²¹.

C. Grounds for recognition/acceptance

21. In the field of name law, the grounds for acceptance of a foreign status are included in the aforesaid Instruction of the DGRN of the 24th February 2010. This Instruction alludes to ECJ *Grunkin v. Paul* case and to the principles of freedom of movement and primacy of Community law over national law. This ECJ case law is therefore understood by Spanish authorities as “judge made law”. As it was issued as a result of the mentioned ECJ decision, the Instruction only refers to “surnames” and not to first names. However, in practice, it is applied to both. This acceptance of status is limited to names legally acquired in a Member State, that is, when the “State of origin” is a Member State.

22. This Instruction was issued following *Grunkin Paul*. As a consequence, it identifies the State of origin as the State of birth. When the recognition of the name is requested in a case whose circumstances are different from the ones in *Grunkin Paul*, for example, when the name was not acquired by birth (as it happened, for example, in the ECJ case *Sayn-Wittgenstein*²²) this Instruction is not applicable. There are no other Instructions subsequent to other decisions of the ECJ on the matter. In these cases, recognition shall be granted anyway, and the requesting party shall plead the ECJ decision applicable to its case and the general principle.

23. According to this instruction of 2010, the name acquired in a foreign State will only be recognized if:

¹⁸ If the child is single parented, the surnames of that parent are given to the child.

¹⁹ Instruction of the Directorate General of the Registers and Notaries of 23 May 2007, on surnames of foreigners nationalized as Spanish and their consignment in the Spanish Civil Registry (“Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español”), *BOE*, n. 154, de 4 julio 2007, available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12948>.

²⁰ Law n. 1/2000 of 7 January on Civil Procedure (“Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”), *BOE*, n. 7, 8 January 2000, available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

²¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 322.

²² Judgment of the CJUE (Second Chamber) of 22 December 2010, case c-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, ECLI: EU:C:2010:806.

- (1) That foreign State is (i) the State of birth and (ii) a Member State of the EU. Additional conditions should be fulfilled:
- (2) Both parents, or at least one of them in case of bilateral determination of the affiliation by both lines, or the only parent whose affiliation is determined, shall have their habitual residence fixed in the country in which the child was born.
- (3) The legislation on Private International Law of the State of birth shall link the determination of surnames to the criterion of habitual residence.
- (4) The surnames corresponding to the material laws of that country shall have been recorded in the birth certificate of the child in the Civil Registry of the country of birth, without admitting the “renvoi” that their conflict rules may make to laws different from the Spanish ones (cf. art. 12. 2 of the Civil Code).
- (5) The option for surnames determined under the law of the country of birth shall be requested by both parents or by one of them with the consent of the other, in accordance with the general principle set forth in the first paragraph of article 156 of the Civil Code, unless one of the parents has been deprived or suspended from the exercise of parental rights²³.

24. This Instruction is not applicable to binational children born in Spain if one of their nationalities is the Spanish. There is another Instruction for these cases: Instruction of the 23rd May 2007, on the surnames of foreigners²⁴.

II. Process of recognition/acceptance

A. Methodology

25. First of all, it is necessary to underline that the geographical origin of the decision or situation to be recognized is relevant. When the decision or situation related to the personal status comes from a State connected to Spain by an instrument of international judicial cooperation (European Regulations or International Conventions), this instrument will apply, provided that the decision falls into the scope of application of such instrument of cooperation.

26. In the absence of such an instrument, national laws will apply. The aforementioned Law for International Civil Cooperation (2015)²⁵ is the landmark of the Spanish system. This law establishes the legal regime for the recognition of foreign judgments (arts 44-49), the execution of public documents (arts. 56-57) and the inscription in Public Registries of foreign judgments and public documents (arts. 58-61). As it was stated before, there are no specific rules for the recognition of “public documents”, “private documents” or “situations” established *ex lege*, that is to say, not established by a public document or a judgment, because “recognition” cannot be granted in relation to them. The validity and effects of these personal statuses will be determined by the application of PIL rules²⁶.

27. As a consequence, depending on the source establishing the characteristic related to personal status, the methodology used and the effects given to it will vary:

²³ For further information on this Instruction, see N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombre y apellidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, n. 2, 2010, pp. 149-164.

²⁴ Instruction of the Directorate General of the Registers and Notaries of 23 May 2007, on surnames of foreigners nationalized as Spanish and their consignment in the Spanish Civil Registry (“Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español”), *BOE*, n. 154, de 4 julio 2007, available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12948>.

²⁵ Law 29/2015 of 30 July 2015 on international legal cooperation in civil matters (“Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”), *BOE*, n. 182, 31 de julio de 2015.

²⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 322.

28. When the personal status is established by a judicial decision, the regime of recognition for judicial decisions included in the Law of International Civil Cooperation will apply. This regime follows the scheme of “traditional recognition” according to the terminology of the Comparative Report. The law differentiates between the recognition in a special procedure and incidental recognition, which is only effective for the parties to the case at hand (art. 44.2). The name of the special procedure that shall be used to obtain recognition as a principal claim –not incidental- is confusing: it is called “*exequatur*” proceeding (art. 42). When recognition is granted, the foreign decision can display the same legal implications as in its State of origin (art. 44.3). Recognition provides the decision with “constitutive” effect and force of *res iudicata*.

29. There is no possibility to formally provide “recognition” to a personal status established by a public document. Following Brussels I Regulation Recast, the Law of International Civil Cooperation only regulates the “execution” of public documents and not its recognition (art. 56)²⁷. As it was stated before, this does not mean that foreign public documents cannot display any kind of effects in Spain.

30. Firstly, they can be inscribed in the Spanish Public Registries. The Law for International Civil Cooperation regulates this inscription in articles 60 and 61. Article 60 establishes two formal requirements: (i) what has been called “*juicio de equivalencia*” (“judgment of equivalence”), which means that the foreign authority that issued the document shall have intervened developing the same functions as Spanish authorities develop in the subject and (ii) that the public document shall have the same or very similar effects in the State of origin as it will have in Spain (art. 60 Law for International Civil Cooperation). It also states that specific laws can add other requirements. Art. 85 of the Regulation on the Civil Registry is also applicable. According to it, and to the latest case law of the Supreme Court of 2014 already explained, the document establishing the personal status shall be “regular” and “authentic” and shall not collide with Spanish public policy.

31. When it comes to marriage, which is generally established by an administrative decision, there is the specific rule that was mentioned before. According to article 65 of the Civil Code²⁸ and article 256 of the Regulation of the Civil Register²⁹, an applicable law control should be made when the recognition of a foreign marriage is requested in Spain. This control has been named by academia as the “legal flashback system” (“*sistema del flashback legal*”), because Spanish authorities examine the marriage according to Spanish conflict of laws rules³⁰. As it was mentioned before, the authority in charge of the recognition “goes back” to the moment when the marriage was celebrated and applies Spanish conflict-of-laws rules to examine its validity.

32. The second exception is “name recognition”. A “recognition by acceptance” method shall be applied when the case falls under the scope of the ECJ decisions on the matter. The requirement of Instruction of the DGRN of 24th February 2010 have already been exposed³¹.

33. Foreign public documents and therefore the personal statuses established by them can also have incidental effects in a judicial proceeding (art. 144 and 323 of the Law on Civil Procedure). Private

²⁷ This article establishes only two conditions: the accordance to Spanish public policy and that these decisions must have at least the same or equivalent effectiveness as those issued or authorized by Spanish authorities.

²⁸ Royal Decree of 24 July 1889 publishing the Civil Code (“*Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil*”), *Gaceta de Madrid*, n. 206, 25 July 1889, available at: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

²⁹ Decree of 14 November 1958 approving the Regulations of the Civil Registry Law (“*Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil*”), *BOE*, n. 296, 11 December 1958, available at: [https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con).

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Comares, Granada, 2018.

³¹ Instruction of 24 February 2010 of the Directorate General for Registers and Notaries on the recognition of surnames registered in other Member States (“*Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE*”), *BOE*, n. 60, 10 March 2010, available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3995>.

documents too (art. 324 of the Law on Civil Procedure). A status acquired *ex lege* can also be pleaded before a court. To determine the validity and the effects of these personal statuses before a court or in any other context different from the inscription in the Spanish Civil Registry, a conflict of laws method is applied. The Spanish authority will apply the Spanish conflict of laws rules to determine the applicable law to that document or circumstance and will only consider it valid if it is compatible with that applicable law pointed out by the conflict-of-law rule³². To sum up, when the personal status is established by a private document or *ex lege*, there is no “recognition” as such. Neither these personal statuses have access to the public Registries.

B. Requirements (formal and material)

34. The requirements for recognition are regulated in relation to judgments. The Law for International Civil Cooperation was inspired by the European model, so it follows a system of “grounds for non-recognition” and not a system of requirements for recognition (art. 46 of the Law). Among these requirements, some of them are formal and others are material:

- (a) if such recognition is contrary to public policy;
- (b) where the judgment was given in a breach of the rights of defence. Where the judgment was given in default of appearance, there is a breach of the rights of defence if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence;
- (c) if the judgment was given in a breach of the exclusive jurisdiction of Spanish courts or when the connection to the Judge of origin is not reasonable.
- (d) if the judgment is irreconcilable with a judgment given in Spain;
- (e) if the judgment is irreconcilable with an earlier judgment given in another State, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in Spain; or
- (f) if a proceedings involving the same cause of action and between the same parties is pending in the Spanish courts, provided that it had started before the foreign proceeding.

35. In addition, the Law for International Civil Cooperation requires the translation of the judgment according to art. 144 of the Law of Civil Procedure (Law of Civil Procedure³³).

36. For the registration of a foreign status in the Spanish Registries, the requirements have already been mentioned above. Regarding the contravention of public policy, it was the argument used in the aforementioned decision of the Supreme Court regarding surrogacy to deny the inscription of the affiliation of the intended parents in the Spanish Registry. The Court found that the recognition of such a filiation would go against the best interest of the child and the dignity of the surrogate mother. However, as scholars have pointed out, the public policy exception is wrongly applied in this decision because it was understood in an abstract way and not in relation to the case³⁴.

37. In relation to the recognition of surnames from third States enshrined in article 56 of the Law on the Civil Registry (and article 199 of the Regulations on the Civil Registry), Instruction of the 23rd May 2007, on the surnames of foreigners³⁵ shall be taken into account. This instruction starts by stating

³² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 322.

³³ Law n. 1/2000 of 7 January on Civil Procedure (“Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”), *BOE*, n. 7, 8 January 2000, available at: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

³⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n. 2, 2015, pp. 45-113.

³⁵ Instruction of the Directorate General of the Registers and Notaries of 23 May 2007, on surnames of foreigners nationalized as Spanish and their consignment in the Spanish Civil Registry (“Instrucción de la Dirección General de los Registros y el

that the legal instrument that determines in Spain the law applicable to names and surnames is the Munich Convention of 1980. The cited above does not rule on “mobile conflict”, i.e. the effects on surnames of a change in a person’s nationality. The solution to this legal lacuna can be two opposing theories on the subject. The first, which can be named as the “non-retroactivity thesis” and it postulates the solution of understanding that the surname remains as it was established in accordance with the previous national law and should not be changed even if the subject acquires a new nationality. This thesis has the disadvantage that children of the same parents may have different surnames, but it has the advantage of continuity of the name of the subject. The second, known as the “retroactivity thesis”, reaches the opposite conclusion, on the understanding that the subject who changes nationality must change his surname to adapt it to his new national law. This is the thesis that has found acceptance in the official doctrine of the DGRN (cf. Resolutions of 5 March 1997, 12 September 2003, etc.)³⁶.

38. Certainly, this interpretation has the disadvantage that it leads to a forced change in the surnames of the person whose national status has been modified. To avoid this disadvantage, the new national law can establish mechanisms to preserve the surnames held under the previous national law, in order to avoid the undesired effects of a forced change of surname. This is exactly what article 56 of the Law on the Civil Registry and article 199 of the Civil Registry Regulations does, allowing a period of two months following the acquisition of Spanish nationality to express the wish to retain the surnames. This is a case of ultra-application of the previous national law which prolongs its application over time with regard to a subject who loses the previous nationality on acquiring Spanish nationality³⁷.

39. There are two requirements to be examined in order to assess the applicability of the preservation option provided for in this provision: the timeliness of the exercise of the option, i.e., compliance with the time limit set, and the non-contradiction with public order of the result of the declaration of preservation. And while the first of these requirements does not offer particular interpretative difficulties, the second requires certain clarifications in order to achieve the objective of its uniform application in registry practice³⁸. The public policy exception has been applied by the DGRN, at least, in relation to two guiding legal principles of the Spanish legal system in matters of surnames, which are:

40. a) The principle of the duplicity of surnames of Spaniards. It is a constant doctrine of the DGRN that, in any case, two surnames must be entered in accordance with the Spanish system of identification of persons (art. 49.2 of the Law on the Civil Registry and 194 of the Regulation on the Civil Registries), since it must be considered that the principle that each Spaniard must be legally designated by two surnames is a principle of public order which directly affects social organisation and is not subject to any variation (except for what for binational Spanish-EU nationals), under penalty of establishing a privilege for a certain category of Spaniards which, lacking sufficient objective justification, would be contrary to the constitutional principle of equality of all Spaniards before the Law. Therefore, although the purpose of article 194 of the Civil Registry Regulations is to prevent those acquiring Spanish nationality from being subject to the Spanish surname regime, it cannot be interpreted as permitting the retention of a single surname. The provision entitles the naturalised Spanish foreigner to keep, if he so requests within a certain period, ‘the surnames’ (in the plural) which he holds in a form other than the legal Spanish one³⁹.

41. b) The principle of the infungibility of lines. Our legislation on surnames is based, in addition to the rule of duplicity of surnames, on the concurrent principle of duplicity of lines, in accordance with the so-called principle of infungibility of the paternal and maternal lines, in the case of bilateral de-

Notariado de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español”), *BOE*, n. 154, de 4 julio 2007, available at: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12948>.

³⁶ *Ibid.*, part. III, par. 1.

³⁷ *Ibid.*, part. III, par. 2.

³⁸ *Ibid.*, part. III, par. 3.

³⁹ *Ibid.*, part. III, par. 4.

termination of filiation by both lines. The exclusive transmission of the two surnames by only one of the lines, whether paternal or maternal, is contrary to our public order (cfr. Resolution of 23 May 2007)⁴⁰.

III. Implementation / Effects (Result) of the recognition or acceptance in the second State

42. There is no specific rule on the matter in relation to the recognition of judicial decisions or public documents.

43. Regarding the inscription of judgments and public documents to the Spanish Registries there is a particular rule: article 61 of the Law for International Civil Cooperation. This article deals with the “adaptation” of measures or institutions which are unknown to Spanish Law. According to this provision, when the resolution or the foreign public document orders measures or incorporates rights that were unknown in Spanish law, the registrar will proceed to adapt this right or measure, if possible, to a measure or right provided or known in the Spanish legal system that has equivalent effects and seeks a similar proposal and interest, although such adaptation will have no more effect than those established in the law of the State of origin. Before registration, the registrar will notify the right holder regarding the adaptation to be made. However, any interested party may challenge the adaptation directly before a court.

44. In relation to the cases that are solved by a “conflict of laws approach”, the effects of the status are governed by the law which applies to that area of the status (i.e. filiation: by the law determined by article 9.4 of the Civil Code).

IV. Further issues

45. The Spanish system of recognition is only developed in relation to judicial decisions. When the personal status is not established by such a judicial document, we find ourselves in a scenery of legal uncertainty. The decision of the Supreme Court in relation to surrogacy is a first step in the development of a method of recognition of situations, potentially applicable to other areas related to personal status.

⁴⁰ *Ibid.*, part. III, par. 5.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: BELGIUM

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: BÉLGICA

SARAH DEN HAESE

Researcher at the Institute for Private International law, Ghent University

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6742>

Abstract: The case law of the CJEU and the ECtHR has the potential to enhance the recognition of a status acquired abroad. The Belgian courts have consequently reacted, especially in the field of international name law and cross-border surrogacy. This report describes how the aforementioned case law has changed and is changing the application and usage of private international law methodology and practice.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado belga.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado belga cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Belgium.

Keywords: status acquired abroad, status recognition, international name law, Belgian private international law

Summary: I. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice 1. Academic awareness 2. Political/legislative awareness 3. Judicial awareness II. (Substantive) Scope 1. Reception of the CJEU case law regarding names and companies in Belgium 2. Reception of other international case law 3. Reception of the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents 4. Other areas of law III. Methods of recognition/acceptance 1. General 2. Importance/role of the country of origin 3. Principles used to justify/deny status recognition: a case study IV. Process of recognition/acceptance 1. Methodology 2. Formal requirements A) Official document B) Legislation C) Relationship between the case and the foreign legal system where the status was acquired? D) Language 3. Substantive requirements 4. Revision A) Conflict of laws test B) Competence of the foreign authority 5. Conflicts V. Effect/result of the recognition or acceptance of a foreign status in Belgium 1. Degrees of effect in Belgium 2. Transposition of a foreign status 3. Status registration in Belgium 4. Responsibility of the citizen.

I. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice

1. Academic awareness

1. The general awareness of the discussion regarding “recognition of status” in Belgium is high.¹ Almost every major PIL textbook in Belgium pays attention to the question if and how a (change in) personal status acquired abroad can be recognized in Belgium. Most textbooks, however, talk about the recognition of a foreign marriage, a name obtained abroad, a change in gender, a person’s capacity, etc. The term ‘(personal) status’ is seldom used as such. The textbook used at the University of Antwerp and the University of Ghent² deals with (among other things): capacity, name, transgender people, marriage, divorce, partnerships, natural affiliation and adoption. The question how a (change in) personal status can be recognized, is discussed in detail.

2. In addition to the general PIL textbooks, the matter of cross-border recognition of a (change in) personal status obtained abroad was discussed in great detail in the doctoral dissertation of prof. dr. Jinske Verhellen (University of Ghent) and the doctoral thesis of dr. Silvia Pfeiff. In her thesis, Verhellen examined the objectives of the Belgian legislator when drafting the 2004 Belgian Code of Private International Law³ and compared them with the situation in practice.⁴ She looked into the use and application of the Belgian Code of PIL by courts and administrations. Pfeiff examined the portability of personal status within the European Union. She focused on the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union and compared this “*European method of recognition*” with the Belgian, French, German and English rules on recognition.⁵

3. In August 2016, the author of this country report started a 4 year-research project at the University of Ghent, funded by the Special Research Fund of the University, where the cross-border recognition of people’s personal status is examined from a private international law and human rights perspective.

4. In legal doctrine, the matter of cross-border recognition of a (change in) personal status is discussed by several PIL experts and is mentioned in most articles dealing with (international) family law.

With the entry into force of the new law on **transgender people** on 1 January 2018⁶, Verhellen devoted an article on the impact of that law in an international context. In her article she examines the procedure in Belgium and the consequences in Belgium of a procedure completed abroad.⁷

In 2017, Verhellen also published an article where she examined the cross-border portability of **refugees’ personal status**. Bearing in mind that in 2015 over a million asylum seekers and migrants crossed into Europe, she emphasised the need for policy makers to focus not only on short-time crisis

¹ This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in GÖSSL/MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws, Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 14 N°1. The author would like to thank Professor JINSKE VERHELLEN under whose supervision the report was drafted for her helpful comments.

² T. KRUGER & J. VERHELLEN, Internationaal Privaatrecht: de essentie, Brugge, die Keure, 2016, pp. 225-276.

³ Wet van 16 juli 2004 houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, Belgian Official Journal 27 juli 2004.

⁴ J. VERHELLEN, Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, Brugge, die Keure, 2012, 513 pages.

⁵ S. PFEIFF, La portabilité du statut personnel dans l’espace européen. De l’émergence d’un droit fondamental à l’élaboration d’une méthode européenne de la reconnaissance, Brussel, Bruylant, 2017, 718 pages.

⁶ Wet van 25 juni 2017 tot hervorming van regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, Belgian Official Gazette 10 juli 2017. (Accessible via <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>)

⁷ J. VERHELLEN, “De Belgische transgenderwet in een internationale context”, in Tijdschrift@ipr.be 2018/3, pp. 185-198 (<https://www.ipr.be/nl/archief>).

management but to also pay attention to the long-term legal concerns such as the personal status of asylum seekers and refugees.⁸

With regard to the recognition in Belgium of **affiliation** established abroad, reference has to be made to an article written by Verhellen and Deschuyteneer.⁹

Throughout the years, the issue of cross-border **surrogacy** has received quite some attention in Belgian legal doctrine. In her doctoral thesis, dr. Liesbet Pluym focuses among other things on the cross-border aspects of surrogacy.¹⁰ In the aftermath of the cases brought before the European Court of Human Rights (hereinafter ‘ECtHR’), several articles have been published discussing the impact of the ECtHR’s case law in Belgium.¹¹

In order to be complete, Belgian legal scholars have also paid attention to the portability of a **name** acquired in a EU Member State¹², the (non-)recognition in Belgium of a **divorce** obtained abroad¹³, **international adoption**¹⁴, **registered partnerships**¹⁵ and the child protection mechanism of *kafala*¹⁶.

5. To summarize: the matter of status recognition is not ignored by Belgian scholars. Almost every major PIL textbook elaborates on the recognition of a (change in) personal status obtained abroad. However, when looking at legal doctrine, we see that the matter is only discussed by certain scholars. The question whether this has to do with the complexity and the broadness of PIL (PIL deals with family relations, companies, contracts, liability, etc.) rather than a deliberate decision not to examine the matter cannot be answered.

2. Political/legislative awareness

6. The political discussion/awareness regarding status recognition is limited. Controversial topics like the recognition of birth certificates drawn up after surrogacy and the recognition of child marriages have reached the political agenda¹⁷ but have (so far) not resulted in legislative changes. In the af-

⁸ J. VERHELLEN, “Cross-Border Portability of Refugees’ Personal Status”, in *Journal of Refugee Studies*, Vol. 31, 2017, pp. 427-443 (Accessible on <https://doi.org/10.1093/jrs/fex026>).

⁹ L. DESCHUYTENEER & J. VERHELLEN, “Afstamming in het internationaal privaatrecht – III. Erkenning Wetboek Internationaal Privaatrecht”, in: *X, Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2017, pp. 27-65.

¹⁰ L. PLUYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Gent, Wolters Kluwer, 2015, 403 pages.

¹¹ See for example: G. VERSCHULDEN, “Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België”, in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2011, pp. 1421-1510; G. VERHELLEN, “Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR”, in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2011, pp. 1511-1562; L. PLUYM, “Het hobbelige parcours van grensoverschrijdend draagmoederschap en de moeilijke verhouding met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”, in *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten* 2015/1, pp. 48-66; L. DESCHUYTENEER, “De beoordeling van een draagmoederschapsovereenkomst uit Florida: alle wegen leiden naar erkenning”, in *Tijdschrift@ipr.be* 2016/2, pp. 104-111; P. WAUTELET, “Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité: la filiation internationale dans tous ses états”, in: A. NUYS, L. BARNICH, S. PFEIFF & P. WAUTELET, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, 2016, 179, 204-21; S. DEN HAESE, “Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland”, in *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 126-140.

¹² See for example: J. DE MEYER, “Europees gemeenschapsrecht doorkruist IPR-regels over naamrecht”, in *Juristenkrant* 12 November 2008, p. 20; S. EGGERMONT, *De houdbaarheid van het Belgische naamrecht*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2009, pp. 1759-1849; W. PINTENS, “Eén naam in Europa!”, in I. BOONE, J. PUT, F. SWENNEN & G. VERSCHULDEN, *Liber amicorum Patrick Senaeve*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, pp. 663-682 (836 pages).

¹³ See for example: L. DESCHUYTENEER & S. DEN HAESE, “Overzicht van rechtspraak: erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen en akten inzake echtscheiding en onderhoudsverplichtingen (2010-17)”, in *Tijdschrift voor Familie-recht*, 2017, no. 8, pp. 204-225.

¹⁴ See for example: S. SAROLEA, »L’adoption internationale en droit belge à l’aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, no. 1, pp. 11-57.

¹⁵ See for example: S. GÖSSL & J. VERHELLEN, “Marriages and other unions in private international law - separate but equal?”, in *International journal of law policy and the family*, Vol. 31, 2017, pp. 174-190.

¹⁶ See for example: Y. EL KADDOURI & J. VERHELLEN, “De kafala in de Belgische rechtsorde: opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?”, in *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten* 2016, no. 4, pp. 343-351.

¹⁷ For child marriages, see for example the question of BARBARA PAS directed to the State Secretary for Asylum and

termath of the Court of Justice of the European Union (hereinafter ‘CJEU’) decisions in *Grunkin-Paul*, *Garcia Avello* and subsequent cases, the Belgian legislator has decided to (only) change its PIL provisions regarding name.¹⁸ No political attention has gone to the adoption of the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents nor its entry into force.

3. Judicial awareness

7. In Belgium, courts are often confronted with the question whether or not a (change in) personal status acquired abroad can be recognized in Belgium. Although every Belgian authority has the power (not) to recognize a foreign authentic instrument or judgment¹⁹, Belgian courts can be asked to examine the matter if two or more authorities have taken conflicting decisions. For example: the civil registrar has recognized a Turkish marriage certificate while the Immigration Office refuses to recognize the foreign marriage certificate. In order to obtain a binding decision, the parties can start a proceeding before the family court.²⁰ In addition, Belgian courts can be confronted with a foreign document determining the personal status of (one of) the parties during another judicial procedure. For example: during a divorce and/or maintenance procedure in Belgium the question can arise whether the parties are actually married. In those cases, the seized court has to deal with the recognition issue.²¹ As a consequence, Belgian courts often have to examine the validity of foreign documents.

8. According to Belgian law, foreign judgments are recognized in Belgium unless (a) ground(s) of refusal is present. The grounds of refusal can be found in Article 25 Belgian Code of PIL. For example: a foreign judgment will not be recognized if the decision violates the defence rights of one of the parties and/or if the result after recognition would be incompatible with our international public policy. Foreign authentic instruments, on the other hand, are recognized in Belgium after having conducted a conflict of laws test which takes into account the public policy exception and the notion of evasion of law.²²

9. When looking at the cases published in the *Tijdschrift@ipr.be*²³ and the interviews conducted by Verhellen in her doctoral thesis, I am inclined to say that a judicial discussion is absent. Judges confronted with a foreign document establishing the personal status will apply the law and will often look for a fair solution. However, practice shows that not all judges are familiar with the specificities of PIL.

Migration on 30 September 2015. (<https://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=nl&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=54&dossierID=54-b049-885-0300-2014201505174.xml>) and the question of NAHIMA LANJRI directed to the the State Secretary for Asylum and Migration on 12 July 2016. (<http://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=nl&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=54&dossierID=54-B086-885-0775-2015201611007.xml>) On 12 June 2018, NAHIMA LANJRI submitted a bill with the aim of amending the Belgian Code of Private international law, as far as the recognition of foreign marriages is concerned. The goal of the bill is to combat child marriages. (The bill is accessible via www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3160/54K3160001.pdf)

¹⁸ Articles 49 and 50 Wet van 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, Belgian Official Gazette 24 July 2017. This law is also known as ‘Potpourri V’. (Accessible via <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>).

¹⁹ For foreign authentic instruments see Article 27, §1, paragraph 1 Belgian Code of PIL, for foreign judgments see Article 22, §1, paragraph 2 Belgian Code of PIL. For more information: cf. *infra*.

²⁰ For foreign authentic instruments see Article 27, §1, paragraph 4 Belgian Code of PIL, for foreign judgments see Article 22, §2 Belgian Code of PIL.

²¹ For foreign judgments see Article 22, §1, paragraph 3 Belgian Code of PIL. With regard to foreign authentic instruments there is no specific provision. In her doctoral thesis, VERHELLEN examines whether this is a sloppiness of the Belgian legislator rather than a deliberate choice. See J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen geoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 237-238.

²² See Article 27, §1, paragraph 1 Belgian Code of PIL.

²³ Belgian case law published in the *Belgian Journal of Private International Law* (‘*Tijdschrift@ipr.be*’) can be consulted on www.ipr.be. It is important to bear in mind that not all Belgian cases are published. Editors of journals and databases in Belgium are dependent on the willingness of judges and lawyers to deliver judgments.

Sometimes judges expect documents that cannot be obtained in the country of origin²⁴ or they do not know how to deal with the absence of (legalized) documents. By not applying the law in a correct way and/or applying the law in a creative way, some families are left in a limbo.

10. Based on a selection of the case law available at *Tijdschrift@ipr.be*²⁵ with regard to the recognition of foreign birth certificates drawn up after surrogacy²⁶ and foreign marriage certificates²⁷, one could argue that **the CJEU and ECHR perspective is almost completely absent in Belgian case law**. Judges confronted with status recognition will focus on the PIL rules applicable in Belgium and emphasize the importance of the public policy exception and/or the prohibition to evade the applicable law. In two surrogacy cases, the Court of Appeal in Ghent²⁸ only briefly referred to Article 8 ECHR and the relevant case law of the ECtHR. The content of those cases nor its implications were at any time discussed.

III. (Substantive) Scope

1. Reception of the CJEU case law regarding names and companies in Belgium

1. The decisions of the CJEU (and the case law of the ECtHR) regarding **names** has inspired the former Minister of Justice (Koen Geens²⁹) to change the Belgian PIL rules dealing with the name of people. The Law of 6 July 2017 ('Potpourri V') has changed the Articles 37 and 39 of the Belgian PIL Codes. In the bill of 16 January 2017, it is explicitly stated that the aim of the legislative changes is to bring the provisions of the Belgian PIL Code in line with the case law of the Court of Justice of the European Union.³⁰

It is interesting to point out that the Belgian legislator has made the decision not to change the general rule on determining a person's nationality³¹ but to only adjust the relevant provisions dealing

²⁴ In 2018, the Institute of PIL at the University of Ghent was confronted with the fact that the seized Belgian judge was unwilling to accept a legalized Iranian wedding booklet and insisted on the submission of an authentic marriage certificate unknown in Iranian law.

²⁵ The case law of Belgian courts published in *Tijdschrift@ipr.be* was examined in the issues of 2017, 2018 and 2019.

²⁶ Case law available in Belgium after the Mennesson and Labassee decisions of the ECtHR: Family Court Brussels 15 February 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2016/2, pp. 58-68; Court of Appeal Ghent 20 April 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 71-86; Family Court Bruges 26 May 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 100-105 (Remark: appeal had been lodged against this decision. Appeal decision: Court of appeal Ghent 11 October 2018, No. 2017/FE/27, unpublished); Family Court Brussels 7 November 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/1, pp. 95-100 and Court of Appeal Ghent 10 August 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/4, pp. 15-21 (Remark: appeal against the decision of the Family Court Brussels 31 October 2016).

²⁷ Family Court Brussels 6 December 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/1, pp. 80-82; Family Court Ghent 15 December 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 96-99; Family Court Ghent 12 January 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/1, pp. 73-76; Family Court Liège 27 January 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/1, pp. 83-86; Family Court Brussels 7 March 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/2, pp. 64-68; Family Court Antwerp 20 April 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/4, pp. 45-49; Family Court Liège 25 May 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/2, pp. 94-98; Family Court Ghent 21 June 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/3, pp. 189-196; Family Court Liège 22 June 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/4, pp. 52-55; Family Court Liège 22 June 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/4, pp. 56-60; Family Court Ghent 20 September 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/3, pp. 178-182; Family Court Ghent 18 October 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/3, pp. 172-177; Family Court Liège 17 May 2019, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/3, pp. 165-171 and Family Court Brussels 24 October 2019, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/4, pp. 53-56.

²⁸ Court of Appeal Ghent 20 April 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 71-86 and Court of Appeal Ghent 10 August 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2018/4, pp. 15-21.

²⁹ 11 October 2014 – 10 December 2018.

³⁰ See: Wetsontwerp van 16 januari 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijk recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, p. 3 and 30. (Accessible on <https://www.koengeens.be/policy/tekst-ppv>.) ("L'objectif est de rendre notre Code conforme en cette matière, à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne." (page 3)) ("L'origine de cette réforme est avant tout internationale. La Belgique doit aligner ses dispositions internes sur celles des Traités de l'Union européenne, de la Convention européenne des droits de l'homme et sur la jurisprudence qui les a interprétés. Cela implique de modifier les principes qui gouvernent jusqu'à aujourd'hui notre droit international privé lorsqu'il est question d'un nom ou d'un prénom." (p. 30))

³¹ This general rule can be found in Article 3, §2 Belgian Code of PIL. ("The references in the present statute to the nationality of a natural person, who possesses two or more nationalities, refer to:

with the name. As of 1 January 2018, people possessing more than one nationality can choose freely which nationality should prevail for determining the applicable name law even if they also possess the Belgian nationality. Consequently, the concept of ‘most effective nationality’ no longer plays a role regarding names. By allowing all people, EU and non-EU citizens, to select the nationality of their choice, Belgium does not only guarantee the free movement of people within Europe but also allows non-EU citizens to choose the applicable name law allowing them to move with one single non-limping name.

12. The decisions of the CJEU regarding **companies** have also been picked up by the Belgian legislator. The bill³² which led to the establishment of a Code on Companies and Associations states that “*Ce projet vise à moderniser le droit des personnes morales. Les grandes lignes directrices du projet sont : [...] 3) Adaptation aux évolutions européennes, comme réglementer le déplacement transfrontalier du siège statutaire des sociétés.*”³³

The Code on Companies and Associations³⁴, which entered into force on 19 May 2019, renounced the **real seat theory** enshrined in Article 4, §3 of the Belgian PIL Code and introduced the **incorporation theory**.³⁵ Article 2:146 Code on Companies and Associations clearly states that “*Le présent code est applicable aux personnes morales qui ont leur siège statutaire en Belgique*”. As a result, the Belgian Code on Companies and Associations only applies to legal entities incorporated in Belgium, irrespective of where those entities have their real seat. Unfortunately, Article 4 of the Belgian PIL Code, which defines the notions domicile and habitual residence and entails the real seat theory, has not been changed.³⁶

2. Reception of other international case law

13. The bill of 16 January 2017 which led to the Law of 6 July 2017 (‘Potpourri V’) mentions the case law of the ECtHR (i.a. *Henry Kismoun v. France*) and the importance of Belgian legislation to adhere to the principles of equality and non-discrimination.³⁷ Potpourri V focuses on the simplification, harmonisation, informatisation and modernisation of provisions of civil law, civil procedural law and notarial law.

3. Reception of the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents

14. To the best of my knowledge, not much has been said about the adoption of the EU Regulation 2016/1191 nor its entry into force (see A.2. Political awareness). However, the ‘Flemish Association of Civil Servants and Officers of the Births, Marriages and Deaths Registration Office’³⁸ has mentioned

^{1°} the Belgian nationality, if it is one of the nationalities;

^{2°} in the other cases, the nationality of the State with which that natural person, taking all circumstances and notably his habitual residence into account, has the closest connections.”)

³² Wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen. The bill is accessible on <https://www.dekamer.be/flwb/pdf/54/3119/54K3119001.pdf>

³³ See: Wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, pp. 3-4. See also pp. 7-8 and 15-16.

³⁴ Wet van 23 maart 2019 houdende het wetboek van vennootschappen en verenigingen, Belgian Official Gazette 4 april 2019. (Accessible on http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2019032309.)

³⁵ See: Wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, p. 16. (“*Pour renforcer la sécurité juridique et répondre à la réalité économique et juridique, le projet opte dès lors pour la théorie du siège statutaire.*”)

³⁶ The bill which led to the establishment of a Code on Companies and Associations paid attention to Article 109 of the Belgian Code of PIL but did not mention Article 4 Belgian Code of PIL. See: Wetsontwerp van 4 juni 2018 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, p. 108.

³⁷ Wetsontwerp van 16 januari 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijk recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, pp. 35-36. (Accessible on <https://www.koengeens.be/policy/tekst-ppv>.)

³⁸ *Vlaamse Vereniging van Ambtenaren en Beambten Burgerlijke Stand* (‘Vlavabbs’). (www.vlavabbs.be)

the adoption of the Regulation on its website under the section ‘news’ and has organized a brainstorm session about the implementation of the Regulation in November 2016.³⁹

4. Other areas of law

15. The case law of the ECtHR regarding **surrogacy** is well known among Belgian scholars but has not led to any changes in Belgian legislation. Until today, surrogacy is **not regulated** in Belgium. As a consequence, the matter is dealt with on a case by case basis. The last legislative initiative dates from 7 October 2014 and does not mention the case law of the ECtHR nor the impact of the ECHR.⁴⁰ A year later, in December 2015, the Senate adopted an information report on surrogacy condemning commercial surrogacy and insisted on a legislative framework.⁴¹ Since then, no progress has been made whatsoever on the topic. As mentioned above, the Belgian judges seized to deal with the (non-)recognition of a foreign birth certificate drawn up after surrogacy seldom refer to the case law of the ECtHR and primarily focus on the best interests of the child and the general rules of PIL regarding recognition of a judgment/authentic instrument obtained abroad.

16. Taking into account that Belgium has regulations in place since 2003 allowing **same-sex couples** to get married⁴² and its willingness to recognize same-sex marriages and registered partnerships⁴³, Belgian law is (currently) not influenced by the case law of the ECtHR⁴⁴ and/or the CJEU⁴⁵. The fact that it could be difficult for a couple to have their same-sex marriage contracted in Belgium recognized abroad was discussed during the preparations of the Law of 13 February 2003. However, it was decided that there was no need to include a special provision in law obliging civil servants to inform the parties concerned about the risk of a limping legal relation when going abroad. Closely connected to the recognition of a Belgian marriage certificate is the recognition in Belgium of a registered partnership contracted abroad by two people of the same sex in a country where same-sex marriages are prohibited. In order to protect the family unity of people of the same sex, the Belgian Minister of Justice issued a Circular Letter in 2007 stating that certain foreign cohabitating relationships are to be considered equivalent to marriage.⁴⁶ The problems that can occur when people in a same-sex marriage or registered partnership move across borders is discussed in legal doctrine.⁴⁷

17. In Belgium, it is possible since 1 January 2015 for the female partner of a woman, who gave birth or is going to give birth, to create a legal bond between her and the child of her partner/spouse by operation of law.⁴⁸ Since **co-motherhood** (term used in Belgium) is only provided for by law in two European Member States, namely Belgium and the Netherlands, the question arises whether other

³⁹ The attendance rate was, however, limited.

⁴⁰ Wetsvoorstel van 7 oktober 2014 houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, submitted by KARIN JIROFLÉE and MAYA DETIÈGE. (Accessible on <https://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=nl&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=N&legislat=54&dossierID=0425>)

⁴¹ The information report accepted by the Senate and its preparations can be consulted on <https://www.senate.be/www/?MI-val=/dossier&LEG=6&NR=98&LANG=nl>.

⁴² See: Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, Belgian Official Gazette 28 februari 2003. (Accessible via <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>).

⁴³ Article 27 Belgian Code of PIL j° Articles 46 and 47 Belgian Code of PIL.

⁴⁴ Think: ECtHR 14 December 2017, *Orlandi and Others v. Italy*.

⁴⁵ Think: CJEU 5 June 2018, C-673/16, *Coman and Others v. Romania*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁴⁶ See: Circulaire van 29 mei 2007 tot wijziging van de circulaire van 23 september 2004 betreffende de aspecten van de wet van 16 juli 2004 houdende het wetboek van internationaal privaatrecht die betrekking hebben op het personeelstatuut, Belgian Official Gazette 31 mei 2007. (Accessible via <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>).

⁴⁷ S. GÖSSL & J. VERHELLEN, “Marriages and other unions in private international law - lost in distinction?!”, in *International journal of law policy and the family*, Vol. 31, 2017, pp. 1-17.

⁴⁸ Wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, Belgian Official Gazette 7 juli 2014. (Accessible via <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>).

(EU-Member) States will recognize the parenthood of the co-mother. This matter was not discussed during the drafting of the law on co-motherhood.⁴⁹ Both Belgian family law scholars⁵⁰ and Belgian PIL scholars⁵¹, however, have pointed out the risk of limping legal relations. The question if and how foreign administrations and courts deal with co-motherhood established in Belgium can (at the moment) not be answered since no information is available.

III. Methods of recognition/acceptance

1. General

18. This section focuses on the reasons why a status acquired abroad is accepted in Belgium. In her doctoral thesis, Verhellen pointed out that the aim of the Belgian legislator, while drafting the Belgian Code of PIL, was to be **open** and create **international harmony**. The idea was to generate judicial continuity in the life of people.⁵² The preliminary works, however, show that this openness and the idea of cross-border harmony and continuity has its limits.⁵³ It was stated by the legislator that rights validly acquired abroad must, *to the extent possible*, be recognized in the Belgian legal order.⁵⁴ Consequently, a personal status acquired abroad will be recognized in Belgium unless a ground of refusal can be invoked⁵⁵ or the document does not pass the conflict of laws test (including the evasion of law-principle and the public policy-exception)⁵⁶.

19. The research done by Verhellen shows that the legal basis for not having to recognize a foreign document is applied considerably different depending on the matter. When confronted with a foreign birth certificate drawn up after surrogacy, judges tend to be more creative compared to when they have to deal with a foreign marriage certificate which may oblige Belgium to issue a family reunification visa.⁵⁷ In surrogacy cases, the concept of the ‘best interests of the child’ seems to trump the *mater semper certa est*-principle and the fact that the intended parents have gone abroad to circumvent Belgian law. Bearing in mind that Article 3 CRC protects the best interests of the child, one could argue that children’s rights considerations are capable of setting aside the general principles of PIL or are at least capable of attenuating its result.

20. The doctoral dissertation of Pfeiff⁵⁸ illustrates that the CJEU aims at guaranteeing the right to freely move within the EU while the ECtHR focuses on the protecting of the right to respect to private

⁴⁹ Attention was only briefly paid to the question of applicable law in case the co-mother does not possess the Belgian nationality. See *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-538/5, pp. 7-8. (Accessible on <http://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=nl&cfm=flwbn.cfm?db=FLWB&legislat=54&dossierID=0538>)

⁵⁰ See for example: F. SWENNEN & M. CROCE, “The symbolic power of legal kinship terminology: an analysis of ‘co-motherhood’ and ‘duo-motherhood’ in Belgium and the Netherlands”, in *Social and Legal Studies*, 2015, p. 1, p. 14.

⁵¹ See for example: P. WAUTELET, « Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité: la filiation internationale dans tous ses états », in: A. NUYS, L. BARNICH, S. PFEIFF AND P. WAUTELET, *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, 2016, p. 179, pp. 196-204.

⁵² J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 201-202 and 348.

⁵³ See also J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, p. 202.

⁵⁴ See *Parl.St.* Senaat, BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 6. (Accessible on <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/view-Pub.html&COLL=S&LEG=3&NR=27&VOLGNR=1&LANG=nl>)

⁵⁵ The grounds of refusal can be found in Article 25 Belgian Code of PIL and only apply to foreign judgments.

⁵⁶ This far-reaching substantive review only applies to foreign authentic instruments (see Article 27 Belgian Code of PIL).

⁵⁷ J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 353-354 and 276-289.

⁵⁸ In her doctoral thesis, S. PFEIFF examines in great depth the recognition of marriages contracted abroad between hetero- and homosexual couples, the recognition of foreign registered partnerships and the way national authorities deal with the establishment of and change in a person’s name.

life. Consequently, both courts promote the swift recognition of a (change in) personal status validly obtained abroad. The research done by Pfeiff, however, demonstrates that the Belgian rules on PIL – like the French, German and English rules on PIL – do not (always) serve that goal. The fact that a (change in) personal status obtained abroad can be refused by invoking fraud or the absence of proximity prevents the swift recognition of a foreign document. According to Pfeiff, the use of the “*European method of recognition*” – which only allows the non-recognition of a foreign document by applying the European public policy exception – is the only way to meet the needs of people who have the right to freely move within the EU.⁵⁹

21. The principle of mutual trust has – to the best of my knowledge – never been successfully invoked to obtain the recognition of a personal status acquired abroad. When confronted with a request for recognition, the seized administration or court will always refer to and apply the relevant PIL provisions.

2. Importance/role of the country of origin

22. In Belgium, acceptance is not limited as far as the origin of the status is concerned. Although the State of origin is decisive in order to identify the applicable instrument (e.g. (Hague) Convention, Treaty, EU-Regulation or Belgian Code of PIL), it will not – on its own – determine whether or not the foreign document can be recognized. The Belgian administrations and courts have to justify their decision (not) to recognize by referring to the principles in the applicable PIL instrument.

23. The State of origin can be identified by looking at the submitted (legalized/apostilled⁶⁰) documents. A personal status can only be recognized if the formal and substantive validity has been established. The formal validity of a document is proven by a series of signatures (‘legalization’) or a certificate/sticker (‘apostille’). In practice, however, it is not always possible for people to submit (authentic) documents.⁶¹ Research of Verhellen shows that, in Belgium, there is no uniform way of dealing with this issue. Depending on the judge, copies, verbal statements, testimonies, earlier administrative decisions, etc. will (not) be accepted in order to prove a certain personal status.⁶² Even if an authentic document is presented, research shows that certain administrations systematically disregard documents originating from certain African countries. Bearing in mind that Somalia is a failed State, the decision not to award any consequences to documents drawn up there cannot be contested. The same attitude, however, cannot be upheld for decisions emanating from other, non-failed, African States. A case brought before court in 2009⁶³ demonstrates the unwillingness of the Belgian Immigration Office to recognize two birth certificates drawn up in Ghana. According to the Immigration Office, the birth certificates could not be recognized since it has been established by means of a DNA test that the two children were not biologically linked to their legal father. According to the Immigration Office, the birth certificates were the result of fraud.⁶⁴ Belgian courts are often also confronted with the refusal of the Belgian Immigration Office to recognize foreign birth certificates drawn up years after the child was born. In March 2018, for instance, the family court in Ghent was asked to examine the validity of a Ghanaian birth certificate drawn up 25 years after the applicant’s birth.⁶⁵ Although no (comprehensive) research has been done on

⁵⁹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen. De l’émergence d’un droit fondamental à l’élaboration d’une méthode européenne de la reconnaissance*, Brussel, Bruylant, 2017, pp. 631-636.

⁶⁰ If necessary.

⁶¹ See on this topic: J. VERHELLEN, “Cross-Border Portability of Refugees’ Personal Status”, in *Journal of Refugee Studies*, Vol 31, 2017, 17 pages. (Accessible on <https://doi.org/10.1093/jrs/fex026>)

⁶² See for example: J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 243-249.

⁶³ Court of first instance Liège 12 June 2009, *Revue trimestrielle de droit familial* 2010/4, p. 1112.

⁶⁴ For more information on the case, see: J. VERHELLEN, “Schijnerkenningen: internationale families opnieuw in de schijnwerpers”, in *Tijdschrift@ipr.be* 2016/2, p. 98.

⁶⁵ Family Court Ghent 15 March 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019/3, pp. 205-208.

the matter, it is safe to say that national authorities do make a distinction based on the country of origin. When presenting documents from a country where the administration cannot be 'trusted', people can expect difficulties/problems. In those cases, it is wise to turn to the competent court. In general, courts will take a decision taking into account all the relevant elements and are often capable of providing a suitable solution.⁶⁶

3. Principles used to justify/deny status recognition: a case study

24. In order to identify the principles used to justify or deny status recognition, a small case study was carried out. The case law of Belgian courts published in the Belgian Journal for Private International Law (*Tijdschrift@ipr.be*) was examined in the period 2017-f.

25. When confronted with a foreign default judgment, the Belgian rules on private international law require that the person seeking the recognition of the foreign judgment submits a document proving that the act that introduced the proceedings or an equivalent document was served or brought to the attention of the defaulting party in accordance with the law of the State where the decision was rendered.⁶⁷ When the person seeking recognition is unable to prove that the other party was duly informed about the proceedings, recognition will be denied.⁶⁸

26. When confronted with the dissolution of a marriage that could only be obtained by the husband, the Belgian Code of PIL has specific rules in place.⁶⁹ If it has been established that (one of) the spouses had the nationality of a country that does not allow this manner of dissolving the marriage, for example Belgian nationality, at the time the marriage was dissolved, the dissolution of the marriage cannot be recognized in Belgium.⁷⁰

27. In case the recognition of a marriage contracted abroad is sought, the Belgian authorities will examine the validity of the foreign document.⁷¹ The seized court/authority will start by examining the formal validity of the document. Article 47, §1 Belgian Code of PIL stipulates that: "*The formalities regarding the celebration of the marriage are governed by the law of the State on the territory of which the marriage is celebrated*". In practice, this means that a marriage contracted by proxy could be recognized in Belgium if the law of the State where the marriage was contracted allows this and the rules regarding marriages by proxy have been respected. In a case brought before the family court of Brussels, the court decided that although Moroccan law allows a marriage by proxy, the marriage contracted in Morocco could not be recognized in Belgium since the reason invoked by the wife allowing her not to be present at her own wedding were false. The woman had stated that she could not be present in Morocco due to professional obligations while it was clear that she was unemployed and residing illegally on Belgian territory.⁷² In another case, the Belgian judge saw no reason not to recognize a marriage since the spouse, who had been represented at his wedding, had been honest to the judge in Morocco about his inability to be personally present to contract his marriage.⁷³

After it has been established that the formal requirements have been met, the Belgian authority or court will examine the substantive requirements. With regard to the latter, the Belgian Code of PIL uses the nationality of the spouses as connecting factor. Consequently, a marriage contracted in Morocco

⁶⁶ See for example: Family Court Ghent 15 December 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, pp. 96-99 and Court of first instance Hasselt 25 February 2008, <http://www.agii.be/rechtbank-van-eerste-aanleg-van-hasselt-2008-02-25>.

⁶⁷ See Article 24, 2° Belgian Code of PIL.

⁶⁸ This was the case in Court of first instance Ghent, 25 November 2010, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/2, p. 50.

⁶⁹ Article 57 Belgian Code of PIL.

⁷⁰ See for example: Court of first instance Ghent, 25 November 2010, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/2, p. 51.

⁷¹ Article 27 j° Articles 46 and 47 Belgian Code of PIL.

⁷² Family Court Brussels, 6 December 2016, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/1, pp. 80-82.

⁷³ Family Court Brussels, 7 March 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/2, p. 67.

between a Belgian national and a Moroccan national can be subjected to Belgian law. However, since both Moroccan and Belgian law have a provision in place requiring of spouses to create a sustainable community of life, the recognition of a marriage contracted abroad cannot be refused on the sole basis that foreign law was applied to the marriage.⁷⁴ In addition, the fact that one of the spouses had previously divorced the same woman twice, be it in two different countries with a time interval, does not allow Belgium to refuse the recognition of the first divorce, and to conclude that the subsequent marriage of the man was polygamous, if the first divorce met all the requirements to be recognized.⁷⁵

The sole fact that one of the spouses attains a right of residence due to the marriage is, in itself, insufficient to refuse the recognition of the foreign marriage certificate. If it has been made clear that obtaining a right of residence was not the sole factor to conclude the marriage, the marriage has to be recognized.⁷⁶

With regard to marriages contracted when (one of) the spouses had not attained the age of majority (also known as child-marriages), a Belgian court decided that the marriage had to be recognized taking into account the fact that both spouses had attained the age of majority at the time they requested the recognition of their marriage and the fact that there was only an age difference of 3 years and 3 months between the applicants.⁷⁷

28. Foreign adoption orders are recognized in Belgium if they have been created in line with the 1993 Hague Adoption Convention.⁷⁸ In case the requirements of the 1993 Hague Adoption Convention have not been met, recognition is not possible.⁷⁹ A case brought before the Court of Appeal in Brussels illustrates that when it has been established that local family care is possible, for example by the grandparents, the international adoption cannot be accepted in Belgium.⁸⁰ However, if its considered in the best interests of the child and the requirements of Article 365-6 Belgian Civil Code have been met, the foreign adoption can be regularized in Belgium.⁸¹

In practice, problems have occurred when the adopted child has reached the age of majority during the proceedings necessary to obtain recognition/regularization. In a case brought before the Court of Appeal in Brussels, the judge relied on Article 8 ECHR, the right to respect for private and family life, to pronounce the regularization of a child aged 20 at the time. The judge took into account the regularization of the adoption of the younger sister, who was still a minor, and the fact that a family life existed between the two sisters which needed to be protected.⁸²

29. In case of international surrogacy, the examined case law illustrates that Belgian courts often invoke (1) the best interests of the child and (2) the fact that the filiation has been established in accordance with the law of the country where the surrogacy took place to recognize the filiation established abroad between the child and the intended parents.⁸³ In a case brought before the Court of Appeal in Ghent, the judge also briefly referred to the importance of Article 8 ECHR and the case law of the Eu-

⁷⁴ Court of first instance Ghent, 12 January 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/1, pp. 75-76.

⁷⁵ Court of first instance Ghent, 12 January 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/1, p. 75.

⁷⁶ Family Court Brussels 7 March 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/2, p. 66; Family Court Antwerp 20 April 2018, Tijdschrift@ipr.be 2019/4, pp. 47-48; Family Court Ghent 21 June 2018, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, p. 193; Family Court Liège 22 June 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/4, p. 54; Family Court Liège 22 June 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/4, p. 59; Family Court Ghent 20 September 2018, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, pp. 181-182; Family Court Ghent 18 October 2018, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, p. 176 and Family Court Liège 17 May 2019, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, p. 168.

⁷⁷ Family Court Liège 25 May 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/2, p. 97. See also: Family Court Liège 17 May 2019, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, p. 168.

⁷⁸ This is of course only the case if the 1993 Hague Adoption Convention is applicable.

⁷⁹ See for example: Court of Appeal Brussels, 22 May 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/4, p. 45 and Court of Appeal Brussels, 23 June 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/4, p. 25.

⁸⁰ Court of Appeal Brussels 23 June 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/4, p. 30.

⁸¹ See for example: Court of Appeal Brussels 22 May 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/4, p. 46.

⁸² Court of Appeal Brussels 22 May 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/4, pp. 48-49.

⁸³ See for example: Court of first instance Brussels 13 May 2014, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 89-90; Court of Appeal Ghent 20 April 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 84-85 and Court of Appeal Brussels 10 August 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/4, pp. 15-21.

ropean Court of Human Rights.⁸⁴ In a case brought before the family court of Brussels, the judge stated that the Indian birth certificate could not be recognized but allowed the intended father and mother, who were not genetically linked to the child and had the Belgian nationality, to recognize the child in line with Belgian law. Consequently, the Indian birth certificate was labelled as an act establishing the will of the intended parents to acknowledge the child.⁸⁵

Although Belgian substantive law is silent on the matter of surrogacy, the Belgian case law regarding international surrogacy shows the willingness of Belgian courts to recognize parent-child relationships validly established abroad. This is also illustrated by a decision of the court of appeal of Brussels where the court recognized the validity of an American judgement establishing filiation with regard to both the intended fathers, a homosexual couple of which only one had a biological link with the child.⁸⁶ However, Belgian case law is not unanimous. A case brought before the family court of Bruges illustrates that it cannot be guaranteed that a foreign birth certificate drawn up after surrogacy will always be (partially) recognized in Belgium. In that case, the court had a problem with the fact that the Mexican birth certificate did not mention the name of the mother. Only the name of the intended father was recorded. According to the Belgian judge, the absence of the mother's name was contrary to Belgian public policy. The court also stated that the Mexican birth certificate could not be recognized as an act recording the acknowledgment of the child by the intended father since it had not been ascertained that the mother of the child had given her consent.⁸⁷ The decision of the family court of Bruges was, however, overturned by a decision of the court of appeal in Ghent.⁸⁸ Taking into account the best interests of the child, the case law of the ECtHR and the fact that the Mexican birth certificate was already recognized by the Italian authorities, the court decided that the Mexican birth certificate had to be recognized as an authentic instrument demonstrating the paternal acknowledgment.

IV. Process of recognition/acceptance

1. Methodology

30. In this section, I will elaborate on how national law and institutions recognize a foreign status. In Belgium, a foreign status can be accepted after having applied the relevant PIL rules. The idea in Belgium is to recognize foreign judgments and authentic instruments *de plano*, meaning without any judicial interference. The fact that every authority in Belgium has the capacity to recognize a foreign document does not mean that every document is accepted without control. The seized authority has to qualify the content of the document⁸⁹ and determine which authority has drawn up the document⁹⁰ in order to determine the applicable PIL rules. For example: the recognition of a divorce decree pronounced in another EU Member State (with the exception of Denmark) is regulated by the Brussels IIbis Regulation while the recognition of divorce decrees from outside the EU and Denmark fall under Article 22 et seq. Belgian Code of PIL.

31. When confronted with for example a foreign marriage certificate, birth certificate, pre-birth order or divorce decree from outside the EU or Denmark, the rules enshrined in the Belgian Code of PIL start to come into play. As mentioned above, the Belgian Code of PIL makes a distinction between the recognition of foreign judgments/judicial decisions and foreign authentic instruments. The decisive factor being the authority that has issued the document.

⁸⁴ Court of Appeal Ghent 20 April 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, p. 71, pp. 85-86.

⁸⁵ Family Court Brussels 7 November 2017, Tijdschrift@ipr.be 2018/1, pp. 98-99.

⁸⁶ Court of Appeal Brussels 10 August 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/4, pp. 15-21.

⁸⁷ Family Court Bruges 26 Mai 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, p. 100, pp. 103-104.

⁸⁸ Court of Appeal Ghent 11 October 2018, No. 2017/FE/27, unpublished.

⁸⁹ Marriage certificate, birth certificate, adoption order, divorce decree, etc.

⁹⁰ The Belgian Code of PIL makes a distinction between the recognition of foreign judgments and foreign authentic acts.

32. Articles 22 et seq. Belgian Code of PIL apply when the foreign document has been pronounced by a foreign judge. Article 22, §1, paragraph 4 Belgian Code of PIL stipulates that “*the judgment may only be recognized [...] if it does not violate the conditions of article 25*”. Consequently, the Belgian civil registrar or judge confronted with a foreign judgment cannot accept the (content of the) foreign decision if:

- the result of the recognition would be manifestly incompatible with public policy;
- the rights of the defence were violated;
- the judgment is only obtained to evade the application of the law designated by the Belgian Code of PIL (in a matter in which parties cannot freely dispose of their rights);
- the foreign judgment is not yet final;
- the judgment is irreconcilable with a Belgian judgment or an earlier foreign judgment that is amenable to recognition in Belgium;
- the claim was brought abroad after a claim which is still pending between the same parties and with the same cause of action was brought in Belgium;
- the Belgian courts had exclusive jurisdiction to hear the claim;
- the jurisdiction of the foreign court was based exclusively on the presence of the defendant or the assets located in the state of such court, but without any direct relation with the dispute; or;
- the recognition or enforceability would be contrary to the grounds for refusal provided for in articles 39, 57, 72 and 95 Belgian Code of PIL.⁹¹

Under no circumstances may the foreign judgment be reviewed on the merits.⁹²

33. The recognition of foreign authentic instruments is fundamentally different from the recognition of a foreign judgment since the Belgian legislator has opted for a far-reaching substantive review for the former. Article 27 Belgian Code of PIL states that “*a foreign authentic instrument is recognized by any authority in Belgium without the need for any procedure if the validity is established in accordance with the law applicable by virtue of the present statute and more specifically with due regard of articles 18 and 21*”. In practice, this means that the Belgian public servant or judge confronted with a foreign authentic instruments has to determine the applicable law in accordance with the Belgian Code of PIL. Belgian authorities will only accept the (content of the) foreign document after having established that the foreign document respects the requirements imposed by the Belgian conflict of laws rules. The fact that the foreign authority has not applied the law assigned by the Belgian Code of PIL is not in itself a problem as long as the provisions of the applied law are similar. In addition to this conflict of laws test, recognition is only possible if the foreign document is not contrary to the Belgian international public policy (Article 21 Belgian Code of PIL) and it has been accepted that there has been no evasion of the application of the law designated by the Belgian Code of PIL (Article 18 Belgian Code of PIL).

2. Formal requirements

A) Official document

34. The Belgian Code of PIL only provides rules regarding the recognition of foreign judgments/judicial decisions and authentic instruments.⁹³ In practice, this means that only documents pro-

⁹¹ Article 25, §1 Belgian Code of PIL. For the English translation of the 2004 Belgian Code of PIL: see C. CLIJMANS & P. TORREMANS, Law of 16 July 2004 Holding the Code of Private International Law (Belgian Official Journal 27 July 2004 – in force as from 1 October 2004) in: P. SARCEVIC, P. VOLKEN & A. BONOMI, Yearbook of Private International Law Vol. VI, 2004, p. 319, pp. 328-329. An updated version of this translation can be found on: <https://www.ipr.be/nl/wetgeving>.

⁹² Article 25, §2 Belgian Code of PIL.

⁹³ Private status decisions fall outside the scope of the Belgian Code of PIL. As a consequence, recognition cannot be coerced even if the legal requirements have been met.

nounced by a court or issued by an official authority, like a civil registrar or notary, can be recognized in Belgium. A document drawn up between two parties recording a (change in) personal status without the involvement of a judge, notary or civil registrar cannot be accepted in Belgium.

B) Legalisation

35. Article 30 Belgian Code of PIL requires that the submitted document is legalized. In line with the 1961 Hague Apostille Convention, legalization can be replaced by an apostille. The aim is to gain certitude on the formal authenticity of the document. Consequently, copies and uncertified originals are not accepted. However, legalization is not always possible due to war and/or ongoing conflicts in the country of origin. When confronted with a document from such a country, Belgian judges show (some) flexibility. For people from for example Somalia⁹⁴ and Iraq⁹⁵, the inability to submit a (legalized) document did not prevent them from getting their marriage or birth recognized.

36. For people seeking international protection, the registration of their personal status runs a bit differently. Taking into account that a lot of people were forced to leave their home without having the time to collect official documents, Belgian asylum authorities – like the Belgian Immigration Office and the Office of the Commissioner General for Refugees and Stateless Persons – record the personal status of people based on declarations made during their asylum procedures. For example: two Syrian citizens can be registered as ‘married’ solely based on their oral statements. In practice, problems can occur when (one of) the spouses later initiate(s) divorce proceedings.⁹⁶

C) Relationship between the case and the foreign legal system where the status was acquired?

37. No specific relationship between the case and the foreign legal system where the status was acquired is required. On the contrary, in cases concerning international surrogacy (some) Belgian authorities seem to have no problem with the fact that the intended parents went abroad with the sole intention of having their desire to have a child fulfilled while other Belgian authorities base their decision not to recognize a foreign marriage certificate on the fact that one of the spouses also had the Belgian nationality.

D) Language

38. Foreign documents not available in Dutch, French or German submitted to Belgian authorities and/or courts often need to be translated.⁹⁷

With regard to administrative authorities, the Laws on the use of languages in administrative matters of 18 July 1996⁹⁸ and the Flemish Decree of 30 June 1981⁹⁹ regulate the use of languages be-

⁹⁴ Family Court Ghent 15 December 2016, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 96-99.

⁹⁵ Family Court Bruges 13 January 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/2, pp. 59-63.

⁹⁶ For more information on the solutions in practice, see J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgeven-de doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, pp. 243-249 and J. VERHELLEN, “Cross-Border Portability of Refugees’ Personal Status”, in *Journal of Refugee Studies*, Vol. 31, 2017, 17 pages. (Accessible on <https://doi.org/10.1093/jrs/fex026>)

⁹⁷ The author would like to thank JONATHAN BERNAERTS, Ph.D. Candidate at the Max Planck Institute for Social Anthropology, for his helpful comments.

⁹⁸ Accessible on http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1966071831.

⁹⁹ Vlaams Decreet van 30 juni 1981 houdende aanvulling van de artikelen 12 en 33 van de bij koninklijk besluit van 16 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken wat betreft het gebruik van de talen in de betrekkingen tussen de bestuursdiensten van het Nederlandse taalgebied en de particulieren, *Belgian Official Gazette* 10 november 1981. (Accessible on http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1981063036&table_name=wet.)

tween the Government and private people.¹⁰⁰ In principle, local authorities have to use the language of their language area in interactions with private individuals.¹⁰¹ The Flemish Decree obliges inhabitants of the Dutch language area to use Dutch when addressing these authorities. With regard to documents drawn up in a foreign language in case of a notification of a marriage and acknowledgment of a child, the Belgian Civil Code makes it clear that if the civil servant receives a document in a foreign language, for example a Spanish birth certificate, he may request a certified translation of that document.¹⁰² Depending on where the document is presented in Belgium, the civil servant may ask the document to be translated in Dutch, French or German. Research of Jonathan Bernaerts illustrates that in practice, some Flemish municipalities do ask for a sworn translation in Dutch while other municipalities are more willing to accept documents drawn up in other languages, including English.¹⁰³ In sum, the question whether or not a foreign document needs to be translated depends on the origin of the document, its function in the proceedings and the administration's approach.

The Belgian Language Law of 15 June 1935¹⁰⁴ and the Belgian Judicial Code grant Belgian courts the same right. Consequently, courts can ask for foreign documents to be translated by a sworn translator in Dutch, French or German (depending on the location of the court).

3. Substantive requirements

39. In Belgium, the recognition of a foreign judgment can be refused if the seized authority or judge is of the opinion that the result of the recognition is manifestly incompatible with our public policy.¹⁰⁵ With regard to authentic instruments, the refusal to recognize the document cannot solely be based on the public policy exception. When confronted with a foreign provision manifestly incompatible with our public policy exception during the conflict of laws test, that provision will be replaced by an acceptable provision in foreign law or Belgian law.¹⁰⁶

40. When looking at the published case law published in *Tijdschrift@ipr.be*, the Belgian courts only invoked the public policy-exception once to refuse the recognition of a Mexican birth certificate drawn up after surrogacy. According to the judge in Bruges, the application of Mexican law was manifestly incompatible with the Belgian international public policy since it is impossible in Belgium to register a child without the name of the mother being mentioned in the birth certificate and for the woman who gave birth to the child to renounce her parenthood.¹⁰⁷ The court of appeal in Ghent¹⁰⁸ shared this opinion but decided that the Mexican birth certificate had to be recognized as an authentic instrument demonstrating the paternal acknowledgment in order to safeguard the best interest of the child (*cf. supra*).

¹⁰⁰ The Flemish Decree only regulates the use of languages on the Dutch language area.

¹⁰¹ In 27 'municipalities with facilities' there is special language regime obliging authorities to use a protected language in some cases.

¹⁰² See for example Article 64, §2 Belgian Civil Code (marriage notification) and Article 327/2, §2 Belgian Civil Code (acknowledgment of a child). The Law of 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing – which entered into force on 1 January 2019 – upholds the right to ask for sworn translations. See: (new) Articles 164/2, §7 and 327/2, §7 Belgian Civil Code.

¹⁰³ For more information: bernaerts@eth.mpg.de; T. DE PELSMAEKER, L. DERIDDER F. JUDO, J. PROOT & F. VANDENDRIESSCHE, *Taalgebruik in bestuurszaken*. Administratieve rechtsbibliotheek, Algemene reeks nr. 15., Brugge, die Keure, 2004; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*. 2nd, rev. Ed., *Pratique du droit* 73, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017.

¹⁰⁴ Article 8 Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, Belgian Official Gazette 22 juni 1935. (Accessible via http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1935061501) and Article 1254, §1 Belgian Judicial Code (divorce proceedings). The Law of 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing – which entered into force on 1 January 2019 – upholds the right to ask for sworn translations. See: (new) Articles 1254, §2 and 1288bis, §§2 Belgian Judicial Code.

¹⁰⁵ Article 25, §1, paragraph 1 Belgian Code of PIL.

¹⁰⁶ Article 27, §1 j° Article 21 Belgian Code of PIL.

¹⁰⁷ Family Court Bruges 26 May 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2017/3, p. 103.

¹⁰⁸ Court of Appeal Ghent 11 October 2018, 2017/FE/27, unpublished.

4. Revision

41. Revision refers to any sort of control mechanism which the recognizing or accepting State sets up in order to ascertain that the status was created in a way that is in accordance with the applicable law. As such, the recognizing State does not trust the mere existence of the status but aspires to ensure its legal validity. In Belgium, a distinction must be made between a personal status enshrined in a judicial decision and a personal status registered in an authentic instrument. With regard to the former, any revision is ruled out by Article 25, §2 Belgian Code of PIL (cf. *supra*). For authentic instruments, however, the Belgian legislator has opted for a far-reaching substantive review, the so called conflict of laws test, see Article 27, §1 Belgian Code of PIL. In case a result has been obtained abroad which could not have been acquired by the law appointed by the Belgian Code of PIL, recognition will be refused (cf. *supra*).

A) Conflict of laws test

42. The law applicable to **marriage** can be found in Articles 46 and 47 Belgian Code of PIL. For the formal requirements, the law of the State where the marriage took place will be applied. For the substantive requirements, the authority or judge will look at the law of the State of which the spouses have the nationality at the time the marriage was celebrated. In case (one of) the spouses have dual or multiple citizenship, Article 3, §2 Belgian Code of PIL will determine the applicable law. Article 3, §2 stipulates that “*the references in the present statute to the nationality of a natural person, who possesses two or more nationalities, refer to: 1° the Belgian nationality, if it is one of the nationalities; 2° in the other cases, the nationality of the State with which that natural person, taking all circumstances and notably his habitual residence into account, has the closest connections*”.

43. The law applicable to **filiation** can be found in Article 62 Belgian Code of PIL. Article 62 uses the nationality of the parent(s) as a connecting factor. In case the parent(s) have more than one nationality, Article 3 Belgian Code of PIL (cf. *supra*) will determine which law is applicable.

B) Competence of the foreign authority

44. In Belgium, the competence of the foreign authority/court is not verified. However, with regard to the **name of people**, a specific situation/problem pops up for people with only the Belgian nationality. Article 36 Belgian Code of PIL makes it clear that only the Federal Public Service for Justice is competent to change the (sur)name of Belgian nationals. As a consequence, a change in surname validly obtained abroad by a Belgian person – for example due to a marriage with a non-Belgian citizen – will not be recognized in Belgium.¹⁰⁹ If the Belgian person concerned, wishes to carry the surname of his or her spouse, he or she has to start a proceeding before the Federal Public Service for Justice.¹¹⁰

5. Conflicts

45. In Belgium, there are no specific PIL rules in place which aim at solving limping legal relationships. It is up to the courts to deal with those issues on a case by case basis. An example:

In a case brought before the Court of first instance in Ghent¹¹¹, the Belgian judge was confronted with the refusal of a Belgian civil registrar to recognize a marriage contracted in Morocco between

¹⁰⁹ Article 36 j° 39 Belgian Code of PIL.

¹¹⁰ Article 370/3, §2 Belgian Civil Code.

¹¹¹ Family Court Ghent 12 January 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/1, pp. 73-76.

a Belgian-Moroccan woman and a Moroccan man.¹¹² According to the civil registrar, the Moroccan marriage certificate could not be recognized due to polygamy. Although the man divorced his first wife in Morocco¹¹³ before marrying the Belgian-Moroccan national, the Belgian civil registrar invoked a Spanish divorce decree pronounced after the man second's marriage to conclude that the man was still married to his first wife.¹¹⁴ For unknown reasons, the man was considered divorced in Morocco since 13 June 2013 but considered married in Spain until 15 September 2015. The question arose whether the man was considered (un)married at the time he concluded his second marriage. The Belgian judge stated that there was no reason not to recognize the divorce decree pronounced in Morocco. Consequently, the second marriage of the man could not be regarded as polygamous. The Belgian judge saw no reason to examine the Spanish divorce decree and explicitly stated that the possible administrative benefits in Spain were not relevant.¹¹⁵

V. Effect/result of the recognition or acceptance of a foreign status in Belgium

46. In this section, the value of a foreign authentic instrument or judgment entailing a (change in) personal status in Belgium is examined.

1. Degrees of effect in Belgium

47. In Belgium, a distinction is made between the **factual effect**, external and internal **evidence** and **recognition** of foreign judgments and authentic instruments.¹¹⁶ They have to be classified from offering weak to strong acceptance of the content of a foreign document. When the Belgian authorities or courts accept the mere existence of a foreign judgment or authentic instrument without having accepted the content of the document, the document solely has a 'factual effect'.¹¹⁷ This means that we accept that two people are for example considered married in State X without accepting that marriage in Belgium. In order for a foreign judgment or authentic instrument to obtain factual effect in Belgium, no requirements have to be fulfilled.¹¹⁸

48. One step further is the external and internal evidence of foreign judgments and decisions. When a foreign document is legalized or bears an apostille, Belgium accepts the formal authenticity of the document (= 'external evidence'). When certain requirements are met¹¹⁹, it is possible to accept some facts of the document (= 'internal evidence'). This means for example that it is possible for Belgian authorities or courts to accept that a person was present in a certain country on a certain date but not for instance that that person is lawfully married.

49. In order for a foreign judgment or authentic instrument to be fully recognized in Belgium, the requirements in Articles 22 et seq. (judgments) or Article 27 (authentic instruments) Belgian Code of PIL must be fulfilled. If it has been established that the foreign document can be recognized, the (change in)

¹¹² The wedding took place on 19 September 2013.

¹¹³ The competent Family Court in Morocco pronounced the divorce on 13 June 2013.

¹¹⁴ For unknown reasons, the Moroccan man also initiated divorce proceedings in Spain. On 15 September 2015, the competent Spanish court delivered a divorce decree.

¹¹⁵ Family Court Ghent 12 January 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/1, p. 75.

¹¹⁶ T. KRUGER & J. VERHELLEN, *Internationaal privaatrecht: de essentie*, Brugge, die Keure, 2016, pp. 162-166; J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, p. 217.

¹¹⁷ See Article 29 Belgian Code of PIL.

¹¹⁸ J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, die Keure, 2012, p. 218.

¹¹⁹ For foreign judgment see Article 26 Belgian Code of PIL, for foreign authentic instruments see Article 28 Belgian Code of PIL.

personal status obtained abroad is fully recognized in Belgium. At this point, no distinction is made between a (change in) personal status obtained in Belgium and a (change in) personal status acquired abroad.

50. Since Belgium allows **same-sex couples** to get married, problems do not occur when the Belgian authorities or courts are confronted with a foreign same-sex marriage. When people present a registered partnership from a country that does not allow same-sex marriages, it is possible for the Belgian authorities to recognize the foreign registered partnership as a marriage (cf. *supra*).

51. With regard to **surrogacy**, things are different. As mentioned above, Belgium has no rules in place with regard to surrogacy. Consequently, when (a) Belgian national(s) present a foreign birth certificate drawn up after surrogacy, recognition is not guaranteed.¹²⁰ In most cases, administrative authorities will refuse recognition forcing the (intended) parents to go to court. Depending on the facts of the case and the willingness of the seized court in Belgium, the filiation validly established abroad will be recognized, partly recognized or not recognized.

On 20 April 2017, the Court of Appeal in Ghent¹²¹ decided to recognize the filiation between the two children (twins) and their intended fathers of which only one was biologically linked to the children. Taking into account the biological link with one on the intended fathers, the intention of both individuals to become parents, the best interests of the children and their right to respect for private and family life, the court saw no reason not to recognize the filiations validly established abroad between the children and the intended parents.^{122 123}

A foreign birth certificate drawn up after surrogacy is rarely fully recognized in Belgium. In most cases, the foreign birth certificate will only be recognized with regard to the (biological) intended father in line with the case law of the ECtHR. As a result, the filiation validly established abroad between the child and the intended mother or same-sex partner of the (biological) intended father is not accepted. In some cases, however, the birth certificate is not accepted as such and is requalified as a document demonstrating the willingness of the (biological) father to acknowledge the child. Consequently, until the intended mother or same-sex partner of the (biological) intended father finds a way to validly establish a filiation with the child (for example through adoption), only the (biological) intended father is (in Belgium) considered the parent of the child.¹²⁴ However, in Belgium, not all courts are willing to give full or partial effect to a filiation established abroad through surrogacy.¹²⁵

2. Transposition of a foreign status

52. The recognition of a foreign *kafala* arrangement in Belgium is an apt illustration of how the technique of transposition is sometimes used in Belgium. Due to the fact that *kafala* is an unknown institute in the Belgian legal order, *kafils* often ask the (Belgian) courts to convert the *kafala* agreement

¹²⁰ G. VERSCHULDEN & J. VERHELLEN, "National Reports on Surrogacy". Belgium, in: K. TRIMMINGS & P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013, pp. 49-83.

¹²¹ Court of Appeal Ghent 20 April 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 71-86.

¹²² In its decision, the court emphasized that its decision cannot be viewed as a precedent. The court's task is to look at the best interest of the children concerned. Only the legislator can define the best interest of children born through surrogacy in general. See: Court of Appeal Ghent 20 April 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, p. 85 (§40).

¹²³ In 2014, the court of first instance in Brussels had come to the same conclusion in a different case. In this case, the court accepted the filiation established in America between a child born in 2004 and a child born in 2006 and their intended fathers of which one had the American nationality and the other one the Belgian nationality. See: Court of first instance Brussels 13 May 2014, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 87-91. In 2018, the court of appeal in Brussels followed the same reasoning. See: Court of Appeal Brussels 10 August 2018, Tijdschrift@ipr.be 2018/4, pp. 15-21.

¹²⁴ In 2017, the family court in Brussels did not accept an Indian birth certificate drawn up after surrogacy as such but was willing to accept the filiation between the child and the biological intended father and non-biological intended mother by requalifying the Indian birth certificate as a document demonstrating the willingness of the biological father **and** the intended mother to acknowledge the child. See: Family Court Brussels 7 November 2017, Tijdschrift@ipr.be 2018/1, pp. 95-100.

¹²⁵ See for example: Family Court Bruges 26 May 2017, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 100-105. The decision of the family court was, however, overturned in appeal (cf. *supra*).

into an adoption.¹²⁶ Having a foreign *kafala* agreement converted into an adoption has multiple benefits. Unlike *kafala*, adoption does grant the child with a right to legally reside on Belgian territory. Belgian courts, however, have shown little willingness to convert *kafala* agreement into (simple) adoptions. In 2015, two Belgian nationals went all the way up to the Court of Cassation to contest the decision of the Court of Appeal in Ghent to dismiss the applicants' request to allow the full and/or simple adoption of a child placed in *kafala* care. The Court of Cassation, however, dismissed the applicants' appeal. Legal doctrine, however, illustrates that the legal framework in Belgium – before the entry into force of the 1996 Hague Convention – did not prevent the conversion of *kafala* into adoption.¹²⁷

Since the entry into force of the 1996 Hague Convention, foreign *kafala* arrangements should be recognized in Belgium by operation of law.¹²⁸ A decision of the Court of Appeal in Antwerp illustrates this.¹²⁹ Problems, however, still occur with regard to the residence status of the child. Only time will tell whether the decision of the CJEU in the *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*¹³⁰ will be followed by the Belgian authorities.

3. Status registration in Belgium

53. Foreign judgments and authentic instruments can be registered in the National Register and/or the register of births, marriages and deaths. Registration is only possible if the requirement in Articles 22 et seq. or Article 27 Belgian Code of PIL are fulfilled. From 31 March 2019, however, Belgian civil servants are obliged to register foreign judgments and authentic instruments establishing a (change in) personal status of **Belgian** citizens in the 'Database Personal Status Records'^{131, 132} In case a Belgian judge has declared a foreign document recognizable, the Belgian civil servants have to register the (change in) personal status as accepted by the Belgian court in the National Register and/or the register of births, marriages and deaths. The Law of 18 June 2018 makes it clear that it is the task of the registrar/court clerk to register the (change in) personal status using the Database system.¹³³ In some cases, the Database will automatically inform the Belgian Immigration Office.¹³⁴

4. Responsibility of the citizen

54. Unless the person concerned informs the Belgian authorities or courts about a change in civil status which took place after the recognition of the original document, no modifications will be made in Belgium. The same applies for a change in personal status that took place in Belgium. If the person concerned does not inform the competent foreign authority or court, everything will stay the same abroad. Belgium authorities and courts will not contact foreign authorities on their own. The responsibility to have a (change in) personal status recognized, lies with the people themselves.

¹²⁶ Gent 13 maart 2013, Nieuw Juridisch Weekblad 2014 (No. 298), pp. 225-228.

¹²⁷ See Y. EL KADDOURI & J. VERHELLEN, "De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?", in Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten 2016 no. 4, pp. 345-346.

¹²⁸ Article 1, §1, d) j° Article 3, e) and Article 23, §1 of the 1996 Hague Child Protection Convention.

¹²⁹ Court of Appeal Antwerp 25 May 2016, Tijdschrift@ipr.be 2017/3, pp. 17-21.

¹³⁰ CJEU 26 March 2019, C-129/18, *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, ECLI:EU:C:2019:248.

¹³¹ Term used by the Belgian legislator: '*Banque de données d'actes de l'état civil*' and '*Databank Akten Burgerlijke Stand*'.

¹³² See new Article 31, §2 Belgian Code of PIL and Articles 68, 69 and 70, §1, 4° Belgian Civil Code introduced by Article 85 and Article 4 Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Belgian Official Gazette 2 juli 2018. (Accessible via http://www.ejustice.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2018061803).

¹³³ See for example new Articles 31, §1 and 193ter Belgian Civil Code and new Articles 1275, §2 and 1303 Belgian Judicial Code.

¹³⁴ This is for example the case if the Belgium judge annulled a marriage with a non-national or annulled the acknowledgment of a child by a non-national. See new Article 193ter, last paragraph and Article 330/2, 2 Belgian Civil Code introduced by Article 27 and 39 Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, Belgian Official Gazette 2 juli 2018.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: GERMANY

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: ALEMANIA

SUSANNE LILIAN GÖSSL

Professor of Civil Law and Digitalisation in German, Foreign and Private International Law at Kiel University

ORCID ID: 0000-0002-2585-4614

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6743>

Abstract: The case law of the CJEU and the ECtHR enhances the recognition of a status acquired abroad. The German legislative and judicative have consequently reacted, especially in the field of international name law. While the case law of the CJEU has fundamentally changed private international law approaches, the case law of the ECtHR so far has only been considered as a part of possible public policy arguments. Regarding the CJEU law, courts have developed a sophisticated system to “recognize” a status according to the theory of *renvoi en bloc*. This report describes how the aforementioned case law has changed and is changing the private international law methodology and practice.

Keywords: status acquired abroad, status recognition, international name law, *renvoi en bloc*, *fraus legis*, German private international law.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado alemán cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Alemania.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado Aleman.

Summary: I. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice 1. Academic Awareness 2. Legislative Awareness 3. Judicial and Administrative Awareness II. (Substantive) Scope III. Methods of recognition/acceptance 1. Recognition of court decisions 2. Acceptance via conflict of laws 3. Acceptance of Names in the EU Context 4. Unwritten Recognition by Acceptance due to a EU Law Obligation A) Exhaustion of Other Means B) Conflict of laws analysis by “*renvoi en bloc*” (Blockverweisung) C) Probably No Formal Requirements D) public policy and *fraus legis* exception E) Time as further factor F) Conflicts between different status registrations G) Role of Party Autonomy 5. Unknown foreign status IV. Annex: Relevant Rules 1. EGBGB B) FamFG V. Table of German Abbreviations.

I. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice

1. In general, the ECJ case law has attracted more attention and triggered a discussion whether and under which circumstances between Member States an obligation to “recognize” a status acquired abroad exists.¹ The ECHR case law, instead is discussed in the context of human rights in general, i.e. as a factor of balancing within the public policy exception.

1. Academic Awareness

2. The general awareness of the discussion regarding “recognition of status” in Germany is high, at least regarding the interplay between free movement of EU citizens and recognition/private international law. Probably, this level of awareness is caused by the fact that several of the relevant ECJ decisions involved German rules.² Furthermore, early in the discussion highly renowned scholars and members of the German Council for Private International Law brought the discussion on the table. These are namely Professor Dagmar Coester-Waltjen,³ Professor Wulf-Henning Roth,⁴ and Professor Heinz-Peter Mansel,⁵ the latter today president of the German Council. These scholars emphasized the overall importance of the decisions and the impact of the fundamental freedoms on family law and other areas of the law. Thus, there are several general books and articles dedicated to the recognition of status and EU primary law,⁶ some focussing on certain questions of family law⁷, but others also extending the discussion e.g. to company and firm law.⁸ Furthermore, a group of mainly German academics elaborated on the subject and in 2014 proposed an EU regulation on the recognition of names.⁹

¹ This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL/M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws at Cuadernos de Derecho Transnacional Volumen 14, número 1 (MARZO 2022).

² CJEU 14 October 2008, *Grunkin & Paul* (German-Danish), C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559; CJEU 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein ./. Landeshauptmann von Wien* (Austrian-German), C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806; CJEU 2 June 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff* (German-English), C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401; CJEU 8 June 2017, *Freitag* (German-Romanian), C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432.

³ D. COESTER-WALTJEN, “Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?“, in MANSEL et al., *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier European Law Publ., 2004, pp. 121-130; D. COESTER-WALTJEN, “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 26, No. 4, 2006, p. 392-400.

⁴ W.-H. ROTH, “Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 26, No. 4, 2006, p. 338-347.

⁵ H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums“, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 70, No. 4, 2006, p. 651-731; H.-P. MANSEL, “The Impact of the European Unions’ Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States: With Comments on the Sayn-Wittgenstein Case Before the European Court of Justice“, in BOELE-WOELKI et al., *Convergence and divergence in private international law*, The Hague/Zuerich, Eleven International Publishing/Schulthess, 2010, p. 291.

⁶ K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht*, Tuebingen, Mohr Siebeck, 2009; S. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 38, No. 6, 2018, pp. 376-382; J. LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tuebingen, Mohr Siebeck, No. 241, 2010; H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums“, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 70, No. 4, 2006, p. 651-731, 651; M.-P. WELLER, “Vom Staat zum Menschen - Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit“, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 81, No. 4, 2017, pp. 747-780.

⁷ A. EHLERS, *Die Behandlung fremdartiger Namen im deutschen Recht*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2016; E. SOMMER, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, Jena, JWV, 2009; P. MANKOWSKI, “Primärrechtliche Anerkennungspflicht im Internationalen Familienrecht?“, in HILBIG-LUGANI et al., *Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Giesecking, 2015, pp. 571-586.

⁸ C. BEHME, *Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze*, Tuebingen, Mohr Siebeck, 2015; J. SCHÜNEMANN, *Die Firma im internationalen Rechtsverkehr*, Tuebingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 233-261.

⁹ A. DUTTA/T. HELMS/W. PINTENS (Hrsg.), *Ein Name in ganz Europa*, Frankfurt on the Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2016.

3. Considering the ECHR case law, the awareness is not as high. Some articles explicitly extend the discussion from the ECJ to the ECHR.¹⁰ Sometimes the ECHR cases are mentioned briefly as a further source of recognition without a deeper discussion. One reason might be that the implementation of the European Convention of Human Rights mainly works by reading the fundamental rights into rules of domestic law, e.g. Human Dignity under German law contains Human Dignity as understood by the ECHR.

4. Regarding cross-border questions, the ECHR becomes relevant only as a consequence that domestic law establishes the possibility to recognize or accept a situation established under foreign law. Then the ECHR forms part of the reasoning whether recognition would violate public policy. The rights from the ECHR are considered as one further source of human rights that might strengthen the overall argument, esp. how to interpret the fundamental rights of the German Basic Law (*Grundgesetz - GG*).¹¹ A discussion whether the ECHR instead can be in conflict with existing domestic law so far is scarce.¹²

2. Legislative Awareness

5. The legislative awareness is intermediate to high, especially, of course, whenever there is an obligation to implement secondary EU law, such as the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents. The rules are mainly limited to the absolute necessary, e.g. regarding said Regulation the implementing rules only determine the competent central authority, i.e. the Federal Office of Justice (*Bundesamt für Justiz – BfJ*), and facilitate the procedures of acceptance of foreign public documents.¹³

6. Regarding the case law, there is especially awareness if decisions were directly in conflict with domestic law: Article 48 Introductory Act to the Civil Code (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche - EGBGB*) was introduced to implement the ECJ decisions on international name law.¹⁴ Furthermore, a name change by domestic law has been made easier since the ECJ decisions occurred: Domestic name law allows to change a name for “serious reasons”. One now widely accepted reason is that according to the law of a second nationality another name has been established and the change has the purpose to avoid a “limping name”.¹⁵ Furthermore, after acquisition of the German nationality a person can adapt a foreign name (acquired under the first nationality) to make it look or sound more German (Article 47 EGBGB).

¹⁰ C. NORDMEIER, “Unionsbürgerschaft, EMRK und ein Anerkennungsprinzip: Folgen der namensrechtlichen EuGH-Rechtsprechung für Statusentscheidungen“, in *Das Standesamt* No. 5, 2011, pp. 129-140; C. NORDMEIER, “Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 32, No. 1, 2012, pp. 31-40.

¹¹ A. EHLERS, *Die Behandlung fremdartiger Namen im deutschen Recht*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2016, pp. 47-50; S. GOESSL, “From question of fact to question of law to question of private international law”, in *Journal of Private International Law* Vol. 12, No. 2, 2016, pp. 261-280.

¹² But see e.g. C. NORDMEIER, “Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 32, 2012, pp. 31-40.

¹³ Gesetz zur Förderung der Freizügigkeit von EU-Bürgerinnen und -Bürgern sowie zur Neuregelung verschiedener Aspekte des Internationalen Adoptionsrechts, January 31, 2019, *Bundesgesetzblatt* I, p. 54, available at https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s0054.pdf.

¹⁴ Art. 48 Choice of a name obtained in another Member State of the European Union

(1) Where the name of a person is subject to German law, that person can, by declaration before the Registrar of Births, Marriages and Deaths, choose a name that he or she obtained when he or she had habitual residence in another Member State of the European Union, where that name was registered in a register of civil status, unless this is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. The choice of name shall have retroactive effect from the date of the registration in the register of civil status of the other Member State, unless the person explicitly declares that the choice of name shall be effective for the future only. The declaration must be publicly certified or authenticated. [...]

¹⁵ S. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 38, No. 6, 2018, pp. 376-382, 379.

7. Nevertheless, there is a general and further awareness that the questions of recognition are not limited to name law. In 2017, the German legislator introduced a law strictly forbidding child marriages.¹⁶ One rare exception to the prohibition to recognize marriages concluded abroad involving a minor is the possibility of “serious hardship” for the minor. One example of such a “hardship” is explicitly stated in the *travaux préparatoires*: Recognition might be effected if otherwise the rule would violate EU primary law, esp. the free movement of citizens.¹⁷

3. Judicial and Administrative Awareness

8. Regarding the case law on free movement and name law, there is a strong discussion, in courts as well as in professional bodies of civil registrars that give advice to the civil registrars (*Fachausschüsse*). Whenever the discussion circles around the question whether a status should be accepted even though the formal application of German law does not lead to a recognition, the ECJ case law on freedom of movement is discussed. This situation occurs whenever there is no court decision to recognize and the connecting factors used to accept a status via conflict of laws rules do not point to the legal system that established a status.

9. Most recently in 2019, the Supreme Court (*Bundesgerichtshof* – BGH) explicitly stated and analysed the requirements and consequences imposed by EU primary law (esp. free movement) on the recognition of a name acquired in another EU Member State, even if the domestic law does not allow such a recognition.¹⁸ The discussion is also present in advisory opinions for the civil status registrars (*Standesbeamten-Fachausschüsse*). These opinions can give a certain impression how issues are discussed and resolved in the registrar’s practice. The published opinions mainly concern questions of name law.¹⁹

10. Regarding other fields of law, **judicial** awareness of the influence of free movement in the EU context is lower. Very few decisions mention the possibility that the decisions on names could be extended to other types of family status. There is one case regarding the declaration of recognition of fatherhood and the resulting status as father,²⁰ and one regarding the recognition of same-sex parenthood (co-motherhood).²¹ Following the abovementioned law on child marriages, there are already courts invoking the exception mentioned in the *travaux préparatoires* to recognize a marriage of a minor concluded in another EU Member State.²²

11. The judicial reluctance is even stronger reflected in **administrative practise**, i.e. civil status registrars. Due to the fact that registrars – as part of the administration and thus executive branch – are bound by the rule of law in a stricter way than courts and cannot refer to the ECJ, an extension of the case law to other issues, e.g. acceptance or recognition of a marriage concluded in another EU Member

¹⁶ Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen of 17.7.2017; *Bundesgesetzblatt* I, p. 2429, in force since 22.7.2017.

¹⁷ *Bundestags-Drucksache (BT-Drs.)* 18/12086, 25.4.2017, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, p. 17; see now OLG Frankfurt, 28 August 2019, 5 UF 97/19, *Das Standesamt* 2019, p. 1853; OLG Oldenburg, 18 April 2018, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2019, p. 160.

¹⁸ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, Vol. 72, No. 32, pp. 2313-2317, 2316, paras 28-30.

¹⁹ E.g. K. KRÖMER, Fachausschuss-Nr. 4027, *Das Standesamt* 2015, p. 190; H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3930, *Das Standesamt* 2011, p. 346; F. WALL, Fachausschuss-Nr.4041, *Das Standesamt* 2016, p. 54; A. RAUHMEIER, Fachausschuss-Nr. 3992, *Das Standesamt* 2013, p. 385.

²⁰ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70.

²¹ OLG Celle 10 March 2011, 17 W 48/10, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 544 (rejection).

²² AG Frankenthal 15 February 2018, 71 F 268/17, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 749 (Bulgarian nationals validly married according to the Bulgarian law in Bulgaria with habitual residence in Germany); AG Nordhorn 29 January 2018, 11 F 855/17 E1, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 750 (Rumanian nationals, validly married according to the Rumanian law in Rumania with habitual residence in Germany); upheld by OLG Oldenburg, 18 April 2018, 13 UF 23/18, available at <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml>.

State, most recently in 2018 was discussed. The opinion rejected such an extension as being an issue left to courts and parliament.²³ Nevertheless, there is the possibility to use flexible rules provided by the law. Under German conflict of laws the treatment of preliminary questions is not clearly regulated. Thus, there is a certain amount of flexibility to determine the preliminary question with a reference to the conflict of laws of the *lex causae* or the *lex fori*. The registrars advisory opinions propose to determine the preliminary question in a way that acceptance of a “limping name” is possible. The advice focusses on cases to avoid a conflict with the free movement and the case law of the ECJ.²⁴ Furthermore, some registrars discussed whether Article 21 TFEU would be a (hidden) conflict of laws rule with primacy over national private international law. The question was left open and referred to courts.²⁵ In general registrars are very reluctant to develop rules. They prefer to obey to the rules established by legislative or courts (which from a constitutional point of view is accurate).²⁶

12. The ECHR case law is not used to introduce a special obligation to “recognize” a status, it only becomes relevant in the balancing whether the recognition or acceptance of a status violates the German public policy. E.g. the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof - BGH*) recognized a court decision establishing same-sex fatherhood of a child born by a surrogate mother.²⁷ The human rights of the child were decisive not to refuse recognition. The court referred to Article 8 para. 1 ECHR and the UN Convention on the Rights of the Child. She cited these rights and corresponding case law in line with Article 1 GG (Human Dignity) and other German fundamental rights.²⁸ Another case in which a lower court²⁹ refused acceptance of parentage established by the law of the place of birth (thus, no exequatur possible) also referring to the case law of the ECHR, is pending at the *BGH* at the moment (decision expected still in summer 2018). Thus, ECJ and ECHR cases are used in different ways: EU primary law is not discussed as part of public policy but public policy is discussed to restrict EU primary law. Instead, the ECHR can be one issue pointing towards recognition to preserve the rights of the individuals involved.³⁰

II. (Substantive) Scope

13. Main changes to German Private International Law brought the case law on cross-border movements of companies in the EU context. German **International Company Law** made a huge shift regarding companies established in an EU or EFTA Member State. In traditional conflict of laws rules the actual seat was the relevant connecting factor. As such a rule can conflict with freedom of establishment, in EU cases the connecting factor now refers to the place of incorporation. Companies from other States, e.g. Switzerland, still are subjected to the law of the real seat.³¹ As a further consequence, the discussion whether certain rules of company law have the status of international mandatory law has enhanced, e.g. regarding gender quotas or worker’s participation in decision making.³²

²³ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4037, *Das Standesamt* 2018, pp. 55, 60 *et seq.*

²⁴ H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3935, *Das Standesamt* 2012, pp. 24, 26 *et seq.*

²⁵ A. RAUHMEIER, Fachausschuss-Nr. 3963, *Das Standesamt* 2012, pp. 281, 283 *et seq.*; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 3964, *Das Standesamt* 2012, pp. 185, 289.

²⁶ E.g. H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3982, *Das Standesamt* 2013, p. 357; A. RAUHMEIER, Fachausschuss-Nr. 3992, *Das Standesamt* 2013, pp. 385, 387 *et seq.*; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4008, *Das Standesamt* 2014, pp. 119, 124.

²⁷ BGH 10 December 2014, XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2015, p. 261.

²⁸ See e.g. GOESSL, “The Recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, 2015, p. 448, paras 14 *et seq.*

²⁹ OLG Braunschweig 12 April 2017, 1 UF 83/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2017, 972.

³⁰ OLG Celle 20 February 2015, 17 UF 131/16, *BeckRechtsprechung*, 2017, 125339; BGH 10 December 2014, XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2015, p. 261.

³¹ BGH 27 October 2008, II ZR 158/06, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, p. 289 (“Trabrennbahn”); cf. S. GÖSSL, “§ 11 Internationales Privat- und Gesellschaftsrecht”, in KREBS et al., *Gesellschaftsrecht in Europa*, 2018 pp. 28 *et seq.*

³² M.-P. WELLER, “Das autonome Unternehmenskollisionsrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 2017, p. 167; M.-P. WELLER/C. HARMS/B. RENTSCH/C. THOMALE, “Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote

14. Furthermore, international name law changed after the ECJ case law. Article 10 EGBGB, the main **International Name Law** rule, uses nationality as connecting factor, with a preference of the German nationality in case of a double national with German nationality (Article 5 para. 1 s. 2 EGBGB). Furthermore, the provision provides possibilities of limited choices of law. Spouses determining the name after marriage can choose between one nationality (no preference rule) or German law as place of habitual residence. Additionally, parents can determine a child's family name choosing between the parents' nationalities, German law as law of habitual residence of one of the parents.³³ As this rule is not sufficient to comply with the EU case law, Article 48 EGBGB was established. The rule provides for an acceptance of a name that was acquired in an EU Member State and registered there in a civil status register while the person had the habitual residence in that state. The public policy exception furthermore applies.³⁴

15. Both rules together are still not able to comply in all cases with EU primary law, e.g. in cases of a double national having the habitual residence in Germany, a possibility to acquire a name abroad that can be accepted in Germany is not possible. Courts are aware of that fact and then deal with the question of acceptance. So far, they have not extended Article 48 EGBGB by analogy to cases where the habitual residence at the time of acquisition of the name was not in the State of acquisition.³⁵ Most recently, the Supreme Court rejected such a recognition only for the reason that the name had not been acquired correctly according to the rules of the foreign Member State.³⁶ Thus, implicitly, she accepted a general obligation to "recognize" a name legally acquired.³⁷

16. In other areas, the ECJ case law is scarcely considered, especially not by courts. There is one case of the regarding the declaration of recognition of fatherhood and the subsequent status as father³⁸ and one regarding the parenthood of a same-sex couple.³⁹ As aforementioned, one exception to the prohibition to accept marriages concluded abroad involving a minor is the possibility that the acceptance violates EU primarily law, esp. the free movement of citizens. EU primary law is not explicitly

für Großunternehmen“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 44 (2015), p. 361; M.-P. WELLER, “Unternehmensmitbestimmung für Ausländsgesellschaften“, in ERLE et al., *Festschrift für Peter Hommelhoff*, Cologne, Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 1275; S. GÖSSL, “§ 11 Internationales Privat- und Gesellschaftsrecht“, in KREBS et al., *Gesellschaftsrecht in Europa*, 2018, pp. 57 et seq.

³³ Art. 10 Name

(1) The name of a person is governed by the law of the country of which the person is a national.

(2) At or subsequent to the conclusion of marriage, the spouses may, by a declaration given before the Registrar's of Births, Marriages and Deaths Office choose the name they will use thereafter:

1. under the law of the country of which one of the spouses is a national, notwithstanding article 5 subarticle 1; or

2. under German law, if one of them has his habitual residence within the country.

[...].

(3) The person having the parental authority may declare before the Registrar's of Births, Marriages and Deaths Office, that the child shall obtain the family name

1. pursuant to the law of a country of which one of the parents is a national, without regard to article 5 subarticle 1; or

2. pursuant to German law, if one of the parents has his or her habitual residence within the country; or

3. pursuant to the law of a country of which a person conferring the name is a national

[...].

³⁴ Art. 48 Choice of a name obtained in another Member State of the European Union

(1) Where the name of a person is subject to German law, that person can, by declaration before the Registrar of Births, Marriages and Deaths, choose a name that he or she obtained when he or she had habitual residence in another Member State of the European Union, where that name was registered in a register of civil status, unless this is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. The choice of name shall have retroactive effect from the date of the registration in the register of civil status of the other Member State, unless the person explicitly declares that the choice of name shall be effective for the future only. [...].

³⁵ But see discussion F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4008, *Das Standesamt* 2014, pp. 119, 124.

³⁶ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, p. 2313.

³⁷ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, p. 2313, paras 28 et seq.

³⁸ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70 (granting acceptance).

³⁹ OLG Celle 10 March 2011, 17 W 48/10, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 544 (refusing acceptance).

stated in the Child Marriage act itself (that only allows exceptions for “serious hardships”) but in the *travaux préparatoires*.⁴⁰ Courts have already applied EU primary law and free movement as a reason to accept a child marriage from another EU Member State (but the law is pending at the Constitutional Court, so it might be declared unconstitutional⁴¹).⁴²

17. The ECtHR cases are cited sometimes to support a fundamental rights argument in the public policy exception. There are two cases on parentage established by surrogacy⁴³ and one decision on parentage established by adoption.⁴⁴ Both only discuss the ECHR and the case law within the public policy exception, not regarding further obligations to “Recognize”. Furthermore, there is one decision where the recognition of status (recognition of fatherhood) resulting from EU primary law also is supported by references to Article 8 ECHR⁴⁵ and the refusing acceptance of same-sex parenthood as not violating the ECHR.⁴⁶

III. Methods of recognition/acceptance

18. German law traditionally knows two methods of recognition, one the “true” recognition of court decisions as established by procedural law and the so-called “conflict of laws recognition”.

19. Furthermore, in the EU free movement context, a new method has emerged that is dubbed “recognition of status by en bloc referral”.

1. Recognition of court decisions

20. A family law status established by a court decision can be recognized according to Section 108 Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*). A separate exequatur proceeding is only necessary in marital matters, in general, thus, “incidental” recognition is possible.⁴⁷

21. “Decision of a court” is understood in a broad way. Sufficient is that a public authority of another state issued a decision that was in some way constitutive to establish the status / legal situation. Not sufficient is a mere registration by a non-judicial authority which will not become *res iudicata* and has merely a function of proof. To “recognize” such a registration, a “recognition by conflict of laws” is necessary.⁴⁸ Private status decisions, e.g. religious ceremonies, are not regarded as court decisions. Thus,

⁴⁰ Bundestags-Drucksache 18/12086, 25 April 2017, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, p. 17.

⁴¹ BGH 14 November 2018, XII ZB 292/16, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, p. 152.

⁴² AG Frankenthal 15 February 2018, 71 F 268/17, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 749; AG Nordhorn 29 January 2018, 11 F 855/17 E1, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 750; upheld by OLG Oldenburg, 18 April 2018, 13 UF 23/18, available at <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml>.

⁴³ BGH 10 December 2014, XII ZB 463/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2015, p. 261 (granting recognition); OLG Braunschweig 12 April 2017, 1 UF 83/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2017, p. 972 (refusing acceptance).

⁴⁴ OLG Celle 20 February 2015, 17 UF 131/16, *BeckRechtsprechung 2017, 125339* (granting recognition).

⁴⁵ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70.

⁴⁶ OLG Celle 10 March 2011, 17 W 48/10, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 544 (refusing acceptance).

⁴⁷ Sec. 108 Recognition of Other Foreign Judgments

(1) With the exclusion of judgments in marital matters, foreign judgments shall be recognized without the requirement of a particular proceeding.

⁴⁸ BGH 20 March 2019, XII ZB 320/17, *Das Standesamt* 2019, p. 175.

recognition happens by conflict of law and not in a formal procedure. The question was discussed again in 2018 regarding the recognition of religious or private divorces (following the ECJ decision “Sahyouni” that Rome III does not apply to private divorces). The draft proposal by the German government and the following rule (Article 17 para 2 EGBGB) refrained from establishing a recognition proceeding for private status decisions. Thus, the rule confirms the general approach of acceptance of e.g. religious ceremonies only via conflict of laws (apart from the recognition of court decisions in the original sense).⁴⁹

22. Recognition of a court decision can only be refused for cases of public policy, no competence of the foreign court from the point of view of German law, no correct service to one of the parties to allow him access to court or an opposing German decision or pending proceeding (Section 109 *FamFG*).⁵⁰ As a general principle of German law, German international family law explicitly provides a generous approach to recognition of court decisions in order to avoid limping status in family law. The ECHR is used to enhance that approach, but always limited to the public policy exception. To overcome the rules provided by German private international law, courts refer to the EU case law.

4. Acceptance via conflict of laws

23. If there is no status decision to recognize, German law accepts a foreign status via conflict of laws. An incidental acceptance is possible (as preliminary question). Courts or authorities have to follow the relevant national conflict of laws rule to determine the *lex causae* governing the establishment of the status at the time of court decision. If the requirements of the *lex causae* are fulfilled, the German law accepts that status as valid (as long as it does not violate German public policy).⁵¹ If status registration is denied, this decision can be appealed and subsequently a court can decide that the competent authority has to change the registration. Incidentally, the court will examine whether a status has been acquired from the point of view of the applicable substantive law (acceptance via conflict of laws). National courts have to apply foreign law *ex officio* (even though the content of the foreign law cannot be reviewed in the instance that only analyses violation of the law). Therefore, the determination of the *lex causae* will not depend on the burden of proof and does not have to be pleaded by the parties/involved.

24. This “recognition” does not require a special document, as long as there is sufficient evidence to convince the civil registrar or (subsequently) the court that the requirements of the (foreign) law are fulfilled. All possibilities of proof are possible, e.g. documents (official or private), testimony etc. Foreign public documents need to be legalized or comply with the requirements of the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents. Passports enjoy a high presumption of correctness. As neither registrars nor courts are required to know

⁴⁹ Referentenentwurf, 14.6.2018, Entwurf eines Gesetzes zum internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts, available at <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Int-G%C3%BCRVG.html>; see further discussion S. GÖSSL, “Rom III-VO Art. 1 Anwendungsbereich“, in: GSELL/LORENZ/KRÜGER (eds.), *BeckOGK*, München, C.H. Beck, 2018, paras 47 *et seq.*

⁵⁰ Sec. 109 Impediments to Recognition

(1) Recognition of a foreign judgment shall be excluded:

^{1.} when the courts of the other state do not have jurisdiction under German law;
^{2.} when a participant, who did not comment on the main action and claims that the document initiating the proceeding was improper or that notification was untimely so that he could not properly exercise his rights;
^{3.} when the judgment is incompatible with a judgment issued or recognized earlier in Germany, or when the proceedings at the basis of such judgment are incompatible with proceedings that were previously pending here;
^{4.} when recognition of the judgment would lead to a result that is obviously incompatible with significant principles of German law, in particular when recognition is incompatible with fundamental rights.

⁵¹ See e.g. S. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* Vol. 38, No. 6, 2018, pp. 376-382, 378.

foreign languages, they can either require a translation from the parties or contract with a professional translator, moving the costs to the parties.

25. Regarding capacity, there is an explicit protection of a “vested status” (Article 7 para. 2 EGBGB), but there has not been a court decision, yet, whether a “vested status” would also be recognized in case the connection factor changes between establishment of the status and court proceeding.⁵² As far as a status is accepted via conflict of laws or a court decision is recognized, the origin of the status does not matter. Furthermore, names can be recognised according to the CIEC-Convention No. 4 on changes of surnames and forenames.⁵³

Apart from those two ways, acceptance becomes only relevant considering a status or other legal situations originating from other EU Member States.⁵⁴

5. Acceptance of Names in the EU Context

26. The ECJ cases on international name law led to a rule which can be considered as a distillation of what the legislator thought would implement such an obligation of recognition: Article 48 EGBGB. The rule provides for an acceptance of a name that was acquired in an EU Member State and registered there in a civil status register while the person had the habitual residence in that state. The public policy exception furthermore applies.⁵⁵ The Supreme Court confirmed recently that “acquired in an EU Member State” refers to an acquisition according to law of that Member State.⁵⁶

6. Unwritten Recognition by Acceptance due to an EU Law Obligation

27. If the conflict of laws rule does not lead to the foreign law under which the claimant claims an established status, the question of recognition for reasons of EU primary law becomes relevant, also incidentally (as a preliminary question, without special procedure).⁵⁷ A lot of case law exists, thus, certain patterns regarding certain requirements are evolving. In general it can be said that several requirements are necessary to effect such a “recognition”, mainly on a substantive level.

A) Exhaustion of Other Means

28. Unclear is whether a claimant has to exhaust all other legal ways to achieve the claimed status. One court refused “automatic” acceptance of a name validly acquired in another Member State, as the person involved still had the possibility to choose that law under German private international law

⁵² Explicitly not deciding e.g. BGH 20 March 2019, XII ZB 530/17, *Das Standesamt* 2019, p. 173.

⁵³ Convention (n° 4) relative aux changements de noms et de prénoms, signed at Istanbul on 4 September 1958.

⁵⁴ Explicitly: OLG München 19 May 2014, 31 Wx 130/14, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2014, p. 1551 (no acceptance in case of a name registration in the US); OLG Stuttgart 2 October 2012, 17 UF 45/12, *Das Standesamt* 2013, p. 221 (no acceptance in case of Columbian nationality); OVG Münster 10 September 2012, 16 A 2346/11 (*BeckRS* 2012, 56859) (no acceptance in case of no clear connection to other Member State at all); from the civil registrars: F. WALL, Fachausschuss-Nr.4041, *Das Standesamt* 2016, pp. 54-56; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4033, *Das Standesamt* 2016, pp. 217, 221.

⁵⁵ Art. 48 Choice of a name obtained in another Member State of the European Union

(1) Where the name of a person is subject to German law, that person can, by declaration before the Registrar of Births, Marriages and Deaths, choose a name that he or she obtained when he or she had habitual residence in another Member State of the European Union, where that name was registered in a register of civil status, unless this is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. The choice of name shall have retroactive effect from the date of the registration in the register of civil status of the other Member State, unless the person explicitly declares that the choice of name shall be effective for the future only. [...].

⁵⁶ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, p. 2313.

⁵⁷ OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412.

and achieve the claimed result in that way⁵⁸, another referred to a possible name change in substantive German law.⁵⁹ Another court regarded that aspect as irrelevant.⁶⁰ The BGH (German Supreme court) seems to follow the former approach, meaning that all ways according to domestic law have to be exhausted first before EU primarily law can supersede national law.⁶¹ Some civil registrars left the question open as to be decided by courts.⁶²

B) Conflict of laws analysis by “renvoi en bloc” (Blockverweisung)

29. Methodologically, the acceptance by EU law obligation is not limited to a public policy exception but involves a domestic law analysis, even though it is debated, which domestic law. Clear is that acceptance does not require conformity with German domestic law.⁶³ Sufficient is that it is in conformity with the law of the State of origin, thus the status / legal situation has to exist in the foreign system.⁶⁴ Even though there are not many clear decisions, “law of the State of origin” seems to refer to national law including the national conflict of laws rules of the State of origin. There is one case discussed by the civil registrars where also a short note is included that the public authority acted within her competence from her point of view,⁶⁵ so the *renvoi en bloc* seems to refer to the competence as well.

30. In 2019, the BGH explicitly embraced this approach and denied the acceptance of a name for a German child abroad, whose name was composed in a way unknown to German name law. The BGH discussed the ECJ case law and rejected acceptance based on the fact that the ECJ only required the recognition/acceptance of a name legally acquired abroad, meaning acquired in accordance to the conflict of laws of the registering state and the consequent domestic law (which here was applied incorrectly in the registering state according to its own law).⁶⁶

31. One court refused acceptance as the foreign registering civil status employee did wrongly determine the law applicable.⁶⁷ Point of reference was the application of the foreign conflict of laws rule: connecting factor under the foreign private international law was nationality. The name in question was established under the *lex registri* even though the person was not a national of that law (and the outcome would have been different).

32. This reference to the conflict of laws of the registering State was also confirmed by another court. The latter court, nevertheless, came to the conclusion that the established name could be accepted in Germany. Reason was that even in a case where a name was established in the wrong way it could be accepted as an exception: if it was registered and the person lived in *bona fide* under the wrong name for a long time (i.e. ten years). Under these exceptional circumstances, the special interest of continuity of

⁵⁸ OLG Celle 22 April 2013, 17 W 8/12 (*BeckRS 2015, 12859*).

⁵⁹ OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412; AG Nürnberg 13 August 2014, UR III 58/14, *Das Standesamt* 2015, p. 59; OLG Nürnberg 7 March 2012, 11 W 2380/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2012, p. 1520.

⁶⁰ OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452.

⁶¹ BGH 9 May 2018, XII ZB 47/17, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2018, pp. 837 *et seq.*; BGH 24 June 2015, XII ZB 273/13, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2015, pp. 1089, 1090.

⁶² H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3982, *Das Standesamt* 2013, p. 357; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 3964, *Das Standesamt* 2012, pp. 185, 187-189.

⁶³ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70.

⁶⁴ OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412; KG 14 October 2014, 1 W 554/13, *Das Standesamt* 2015, p. 142; AG Wuppertal 24 September 2015, 110 III 3/15, *Das Standesamt* 2016, p. 86; see also H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 4004, *Das Standesamt* 2014, pp. 348-351; F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4008, *Das Standesamt* 2014, p. 119.

⁶⁵ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4008, *Das Standesamt* 2014, pp. 119, 123.

⁶⁶ BGH 20 February 2019, XII ZB 130/16, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, p. 2313, para. 30.

⁶⁷ KG 19 January 2016, 1 W 460/15, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2016, p. 1280; similar F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4073, *Das Standesamt* 2017, pp. 119, 122-124.

the name could lead to acceptance.⁶⁸ Thus, the explicit exception also confirms that in general the correct application of conflict of laws rules at the place of the registration are part of the revision.

33. Furthermore, the *lex registri* has to be determined as it should be applied by the registrar. Thus, in one case a court came to the conclusion that even if the name was determined incorrectly according to the foreign private international law rules and substantive law, it could still be acquired correctly (and subsequently accepted). Acceptance was possible if the foreign practise regarded the name as acquired validly despite the lack of legal requirements. In this case: if the person lived under that name in the state.⁶⁹ Similar a court considered sufficient that the name was accepted as validly obtained by authorities of the State of origin.⁷⁰

34. In academic literature, this approach is called “*renvoi en bloc*” (*Blockerweisung*), as it refers to the complete foreign legal system as such.⁷¹ According to the abovementioned decisions, the revision refers to the “law in action” to the State of origin. Thus, a status that was established by law or common legal practise in the State of origin can be accepted as such. As in the usual “acceptance via conflict of laws” the revision is as substantial as under usual circumstances. Point of reference is the status/legal situation in practice (law in action, not law of the books). Thus, it is sufficient if the formal application of the law leads to the status/legal situation. Nevertheless, a long period of time or a legal practise in the State of origin can overcome the fact that the formal application of the rules is insufficient.

C) Probably No Formal Requirements

35. There is also no clear answer to the question whether the status has to be registered in an official or public register. Cases, in which acceptance was discussed (sometimes granted, sometimes refused), mainly circled around the acceptance of a status that was registered in an official register⁷² or used in official documents⁷³. Not relevant was whether the registration was required for the validity or only a mere consequence. Undecided but discussed remained the case that a name was changed under English law by a solicitor’s “deed poll” and subsequently other documents such as a driver’s licence were issued in the same country under the same name.⁷⁴ Furthermore, there is no case available in which a court refused to start the discussion for the reason that the status in question was not embodied in some kind of public or private document. Probably no feasible case was brought to court.

⁶⁸ AG Berlin-Schöneberg 24 January 2012, 70 III 472/11, *Das Standesamt* 2013, p. 21.

⁶⁹ OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452.

⁷⁰ BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473; OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 210.

⁷¹ S. GÖSSL, “Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Statusänderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“?“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 38, No. 6, 2018, pp. 376-382, 379 *et seq.*; H.-P. MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 70, No. 4, 2006, p. 651-731, 705; K. SIEHR, “Paolo Picone: Gesammelte Aufsätze zum Kollisionsrecht und die Blockverweisung auf die „zuständige Rechtsordnung“ im IPR“, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2005, pp. 155, 157.

⁷² BGH 26 April 2017, XII ZB 177/16, *Das Standesamt* 2017, p. 270; BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473; BGH 24 June 2015, XII ZB 273/13, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2015, p. 1089; OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452; OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412; KG 19 January 2016, 1 W 460/15, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2016, p. 1280; VGH München 17 September 2014, 5 ZB 13.1366, *Das Standesamt* 2015, p. 150; KG 14 October 2014, 1 W 554/13, *Das Standesamt* 2015, p. 142; AG Berlin-Schöneberg 24 January 2012, 70 III 472/11, *Das Standesamt* 2013, p. 21.

⁷³ OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 210.

⁷⁴ OLG Jena 1 February 2016, 3 W 439/15, *Das Standesamt* 2016, p. 114; OLG Nürnberg 2 June 2015, 11 W 2151/14, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 1655 (undecided as acceptance would violate public policy); upheld by BGH 14 December 2018, XII ZB 292/15, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, p. 542.

36. No case law explicitly deals with the question whether a public authority must be involved. But, as cases of a “deed poll” were at least discussed, it seems courts would not require the involvement of a public authority. Under German law most status questions stem from the law itself. Civil status registries usually do not establish but only subsequently document the legal situation (apart from conclusion/dissolution of marriage, public name or gender change etc.). Thus, status always focusses on the underlying legal situation, the status registration or a certified copy has a high value of proof but is also limited to these evidentiary effects. They do not proof the underlying law.

D) Public policy and *fraus legis* exception

37. The recognition of status was denied for public policy reasons, especially the prohibition of nobility in Germany as a republic⁷⁵ and sometimes courts referred to the principle of *fraus legis* / circumvention of law as a reason to refuse recognition.⁷⁶ Even though a German name cannot easily be changed, the principle of continuity of the name was not regarded as part of the public policy.⁷⁷ While the latest decision of the ECJ seems to indicate that in an incidental acceptance the public policy exception applies in a more restricted way and the result of the overall decision is the one that matters, German courts are not that clear. The OLG Celle refused acceptance of a same-sex parenthood of two women validly married abroad because not only the acceptance of same-sex-parenthood but also the acceptance of the same-sex marriage at this time violated German public policy.⁷⁸ Most recently, the OLG Brandenburg accepted a name change abroad that alluded to a name from nobility as the court did not see it proven that the name change was only made with the intention to acquire a name of nobility.⁷⁹ Therefore, the court seems to assume that the motive for the name change can be decisive – probably to deny acceptance for reasons of *fraus legis*.

38. Recognition was refused for *fraus legis* in a case where **the connection** between the foreign country and the case **was not sufficient**.⁸⁰ The quality of the connection can vary. Sufficient was either habitual residence⁸¹ at the time of the registration or nationality⁸² of the State where the status is registered or a combination of nationality of the registering State and habitual residence in that State⁸³ or the place of birth in the country of registration and person lived under the name in that State.⁸⁴ In the case where the place of birth was in another Member State, it was sufficient that the registration happened in the same state where the person in question was recognized by the Member State authorities under that name and afterward lived under the registered name.⁸⁵ **Not** sufficient, instead, is the mere place of birth for the registration in the State of birth, if neither habitual residence nor nationality nor a subsequent living in that State constituted any further connection.⁸⁶ Furthermore, not sufficient as a connection was

⁷⁵ ECJ 2.6.2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*; see also BGH, 9 January 2019, XII ZB 188/17 (ECLI:DE:BGH:2019:090119BXIIIZB188.17.0); 14 November 2018, XII ZB 292/15 (ECLI:DE:BGH:2018:141118BXIIIZB292.15.0); KG (Berlin), 9 May 2019, 1 W 110/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, p. 1528.

⁷⁶ VGH München 17 September 2014, 5 ZB 13.1366, *Das Standesamt* 2015, p. 150.

⁷⁷ OLG Brandenburg 28 August 2021, 7 W 87/21, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2021, p. 987.

⁷⁸ OLG Celle 10 March 2011, 17 W 48/10, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 544.

⁷⁹ OLG Brandenburg 28 August 2021, 7 W 87/21, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2021, p. 987.

⁸⁰ VGH München 17 September 2014, 5 ZB 13.1366, *Das Standesamt* 2015, p. 150.

⁸¹ BGH 26 April 2017, XII ZB 177/16, *Das Standesamt* 2017, p. 270.

⁸² AG Wuppertal 24 September 2015, 110 III 3/15, *Das Standesamt* 2016, p. 86; OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412 (even nationality of the husband sufficient, if husband's name is chosen family name).

⁸³ AG Karlsruhe 19 August 2016, UR III 26/13, *Das Standesamt* 2017, p. 111.

⁸⁴ BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473; OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452.

⁸⁵ BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473.

⁸⁶ VGH München 17 September 2014, 5 ZB 13.1366, *Das Standesamt* 2015, p. 150.

that the only connection was that the birth mother earlier had a habitual residence in the State of birth but gave it up immediately after birth and no other connection existed.⁸⁷

39. In cases where a status or legal situation is not registered in an official registry, the same connection seems to be required.⁸⁸ At least in the aforementioned cases of a name change by an English deed poll and a subsequent registration of the name at the Driver & Vehicle Licensing Agency and issuance of an EU driver's licence. Sufficient was that at the time of the deed poll / registration the habitual residence⁸⁹ or nationality and habitual residence directed towards the same State.⁹⁰

40. In one case of the civil registrars, the exception of abuse of law seems to play a role: they refused acceptance of a name acquired under Romanian law as this name was first accepted in Germany as part of the usual acceptance by conflict of laws. Later, the person bearing the name changed it intentionally according to German substantive law. Subsequently, this name change could not be undone by a further, additional acceptance by EU law.⁹¹

E) Time as further factor

41. In general, there is no requirement that the status has to be established for a certain period of time. Nevertheless, time can play a paramount role to overcome other obstacles to accept a status. Whenever all other connecting factors are weak (no habitual residence or no nationality) the connection can still be established if the status was recognized by authorities for a longer period of time or the person lived under that established name in the Member State for a certain period of time.⁹² Furthermore, in a case where a status was wrongly registered by the foreign registrar but nevertheless the person lived in that foreign State under that name, after a long period of time a "recognition" of that name in Germany was possible (even though this is normally not the case).⁹³

F) Conflicts between different status registrations

42. There are few court decisions indicating how to handle conflicts between different registrations in different Member States.

43. Some courts referred to the "first registration" as the relevant one⁹⁴ or refused acceptance of the "second registration".⁹⁵ The second decision also referred to the reason that at least acceptance could be refused as long as the person involved had still the option to choose the law of the second registration.⁹⁶

⁸⁷ OLG Celle 10 March 2011, 17 W 48/10, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 544.

⁸⁸ E.g. no discussion of differences between civil status registry or driver's licence: OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 210.

⁸⁹ OLG Jena 1 February 2016, 3 W 439/15, *Das Standesamt* 2016, p. 114.

⁹⁰ OLG Nürnberg 2 June 2015, 11 W 2151/14, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 1655 (undecided as acceptance would violate public policy); upheld by BGH 14 December 2018, XII ZB 292/15 – *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, p. 542.

⁹¹ K. KRÖMER, Fachausschuss-Nr. 4027, *Das Standesamt* 2015, p. 190.

⁹² BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473; OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452; OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 210.

⁹³ AG Berlin-Schöneberg 24 January 2012, 70 III 472/11, *Das Standesamt* 2013, p. 21.

⁹⁴ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70; OLG Naumburg 9 September 2014, 2 Wx 85/13, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2015, p. 210.

⁹⁵ OLG Celle 22 April 2013, 17 W 8/12 (*BeckRS 2015, 12859*).

⁹⁶ OLG Celle 22 April 2013, 17 W 8/12 (*BeckRS 2015, 12859*).

44. Furthermore, some registrars did not consider the ECJ case law as relevant as long as they were dealing with the first registration (thus assuming the burden of acceptance as a matter only for the second registration).⁹⁷

45. Nevertheless, a valid name change was regarded as viable object of acceptance,⁹⁸ thus a valid change abroad seems to be regarded as a second “first registration”. A civil registrar’s case where a valid name change under German substantive law could not be undone by acceptance of the name that had been accepted by conflict of laws earlier (and then changed) tends in the same direction.⁹⁹ Nevertheless, in a case where a German-Spanish national’s name was first registered in Germany according to German law and later in Spain according to Spanish law, the registrars’ opinions advised to also allow an acceptance of the “second registration”.¹⁰⁰ This might only be a question of terminology, as the registration was not constitutive. Thus, both name acquisitions happened by birth at the same moment and both registrations just subsequently documented the legal situation. Anyhow, in these cases the registrars seem to follow the party’s intention.¹⁰¹

46. Furthermore, the party’s will seems to play a minor but not irrelevant role. In a case of conflict between a name established in a EU Member State and a Third State (Switzerland), the EU Member State law prevailed “at least” in a case where the person involved (better: parents both having parental authority) wished the EU Member State law to prevail.¹⁰² Similarly, another court used the first registration as the relevant one “at least” was intended by both parents.¹⁰³

47. In another case, a court dealt with the question whether acceptance could be refused because the parents intentionally chose one name. Thus, such a choice would exclude the acceptance of another name acquisition. The court finally did not refuse acceptance. Reason was that the court doubted that the choice constituted a “true” and, thus, valid choice: The parents only had the option to accept the name (against their will) or the German authorities would not have issued a passport or other relevant documents. Thus, the parents did not have an actual option or choice if they did not want their child to be without valid documents for months or longer.¹⁰⁴

G) Role of Party Autonomy

48. Courts did not explicitly refer to party agreements as a reason to refuse or grant acceptance. However, the party’s will seems to play a minor role but at least it plays a role. First, acceptance is only necessary if intended by the person involved – at least there is no obligation to avoid a “limping name”.¹⁰⁵

49. Second, in a case of conflict between a name established in a EU Member State and a Third State (Switzerland), the EU Member State law prevailed “at least” in a case where the person involved (better: parents both having parental authority) wished the EU Member State law to prevail.¹⁰⁶ Similarly, another court used the first registration as the relevant one which “at least” was intended by both parents.¹⁰⁷ Thus, courts referred to the fact that a status was not forced on the person involved against his/

⁹⁷ H. KRAUS, Fachausschuss-Nr. 3930, *Das Standesamt* 2011, pp. 346-347.

⁹⁸ OLG München 30 January 2012, 31 Wx 534/11, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 412.

⁹⁹ K. KRÖMER, Fachausschuss-Nr. 4027, *Das Standesamt* 2015, p. 190.

¹⁰⁰ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4081, *Das Standesamt* 2018, pp. 25-26.

¹⁰¹ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4081, *Das Standesamt* 2018, pp. 25-29.

¹⁰² KG 18 January 2018, 1 W 563/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 1000.

¹⁰³ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70.

¹⁰⁴ OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452.

¹⁰⁵ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4068, *Das Standesamt* 2017, pp. 22, 24.

¹⁰⁶ KG 18 January 2018, 1 W 563/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 1000.

¹⁰⁷ KG 23 September 2010, 1 W 70/08, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2011, p. 70.

her will within the question to accept it. So, the (opposing) will of the individual might be a reason to not accept a status.¹⁰⁸

50. In another case, a court dealt with the question whether acceptance could be refused because the parents intentionally chose one name. Thus, such a choice would exclude the acceptance of another name acquisition. The court finally did not refuse acceptance. Reason was that the court doubted that the choice constituted a “true” and, thus, valid choice: The parents only had the option to accept the name (against their will) or the German authorities would not have issued a passport or other relevant documents. Thus, the parents did not have an actual option or choice if they did not want their child to be without valid documents for months or longer.¹⁰⁹

51. Finally, in case of acquisition of differing names at the same moment (birth), the party’s intention seems to be the decisive factor.¹¹⁰

7. Unknown foreign status

52. This paragraph refers to all kinds of recognition, as there does not seem to be a different treatment depending of the method. There is no case law regarding the “recognition” of a status that is absolutely unknown to the German law. There was a case the recognition of a same-sex marriage name was in question. German law at that time did not provide for a same-sex marriage. Nevertheless, the court did not refuse for the reason that the German law does not know that form of marriage as such. Instead, she refused recognition for the reason that the State of origin did not know the concept of “marriage name” and there was no obligation (in general) to recognize/accept the same-sex marriage as such.¹¹¹ Furthermore, the *BGH* (German Supreme Court) decided that part of a name unknown under German name law (Danish middle name) can still be recognized or accepted as such as result of the ECJ case law.¹¹² The same applies to unknown “father names” under Bulgarian law.¹¹³ So, one might presume that in general German law would also consider the acceptance of unknown legal situations.

53. If no separate choice of law rule denying a certain form of recognition exists, the status is accepted as is. If it becomes relevant as a preliminary question, afterwards the status usually will be transposed into the comparable status under the *lex causae*, but sometimes the *lex causae* will be adapted to the original status. E.g. before German law opened marriage to same-sex couples, a foreign same-sex marriage was accepted as a mere civil union, thus transposed into it (with different consequences regarding adoption and parentage).¹¹⁴ Reason was an explicit rule in Artciel 17b para. 4 EGBGB that ordered such an adaptation. Regarding EU law there has not been any case law considering the consequences of an acceptance. Most cases considered the acceptance of a name. Courts accepted or refused the name as such. The same applies to the one case where a foreign declaration of recognition of fatherhood was accepted. In both countries, that declaration established fatherhood. Thus, no decision on transformation or adaptation was necessary.

54. Regarding EU law there has not been any case law considering the consequences of an acceptance. Most cases considered the acceptance of a name. Courts accepted or refused the name as such.

¹⁰⁸ BGH 20 July 2016, XII ZB 489/15, *NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2016, p. 1473; or will of the parents in case of a newborn KG 18 January 2018, 1 W 563/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 1000.

¹⁰⁹ OLG München 19 January 2010, 31 Wx 152/09, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, p. 452.

¹¹⁰ F. WALL, Fachausschuss-Nr. 4081, *Das Standesamt* 2018, pp. 25-29.

¹¹¹ KG 14 October 2014, 1 W 554/13, *Das Standesamt* 2015, p. 142.

¹¹² BGH 26 April 2017, XII ZB 177/16, *Das Standesamt* 2017, p. 270.

¹¹³ KG 18 January 2018, 1 W 563/16, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 1000.

¹¹⁴ E.g. S. GÖSSL/J. VERHELLEN, “Marriages and Other Unions in Private International Law – Separate but Equal?”, in *Int J L, Pol & Fam (International Journal of Law, Policy and the Family)* 2017, p. 174.

The same applies to the one case where a foreign declaration of recognition of fatherhood was accepted. In both countries from that declaration stemmed the fatherhood of the man, so no decision on transformation or adaptation was necessary.

IV. Annex: Relevant Rules

1. EGBGB¹¹⁵

55. Article 10 Name

- (1) The name of a person is governed by the law of the country of which the person is a national.
- (2) At or subsequent to the conclusion of marriage, the spouses may, by a declaration given before the Registrar's of Births, Marriages and Deaths Office choose the name they will use thereafter:
 1. under the law of the country of which one of the spouses is a national, notwithstanding article 5 subarticle 1; or
 2. under German law, if one of them has his habitual residence within the country.

If the declaration is made subsequent to the conclusion of the marriage, it needs to be publicly certified. As to the effect of the choice on the name of a child, § 1617 c of the Civil Code shall apply *mutatis mutandis*.

- (3) The person having the parental authority may declare before the Registrar's of Births, Marriages and Deaths Office, that the child shall obtain the family name
 1. pursuant to the law of a country of which one of the parents is a national, without regard to article 5 subarticle 1; or
 2. pursuant to German law, if one of the parents has his or her habitual residence within the country; or
 3. pursuant to the law of a country of which a person conferring the name is a national

Declarations made subsequent to the issuing of a birth certificate need to be publicly certified.

56. Article 47 First and Family Names

- (1) Where a person under an applicable foreign law has obtained a name and the name is henceforth governed by German law, the person may, by a declaration given before the Registrar of Births, Marriages and Deaths,
 1. determine a first and a family name from out of the name
 2. choose a first or a family name where such name does not exist
 3. give up components of the name that German law does not provide for
 4. adopt the original version of a name that has been modified according to the sex or the family relationship
 5. accept a German version of his or her first or his or her family name; where such a version of his or her first name does not exist, he or she can accept new first names.

¹¹⁵ Unofficial translation for the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection provided by Priv.-Doz. Dr. JULIANA MÖRSDORF LL.M. (Univ. of California, Berkeley), available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0177.

Where the name is a marital name or a life-partnership name, during the subsistence of the marriage or of the life partnership, only both spouses or life partners may give the declaration.

- (2) Subarticle 1 is applicable *mutatis mutandis* as to the formation of a name under German law, if it is derived from a name which has been obtained under an applicable foreign law.
- (3) § 1617c of the Civil Code shall apply *mutatis mutandis*.
- (4) The declarations made under Subarticles 1 and 2 need to be publicly authenticated or certified, unless they have been made before a German Registrar of Births, Marriages and Deaths.

57. Art. 48 Choice of a name obtained in another Member State of the European Union

- (1) Where the name of a person is subject to German law, that person can, by declaration before the Registrar of Births, Marriages and Deaths, choose a name that he or she obtained when he or she had habitual residence in another Member State of the European Union, where that name was registered in a register of civil status, unless this is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. The choice of name shall have retroactive effect from the date of the registration in the register of civil status of the other Member State, unless the person explicitly declares that the choice of name shall be effective for the future only. The declaration must be publicly certified or authenticated. Article 47 subarticles 1 and 3 shall apply *mutatis mutandis*.

8. FamFG¹¹⁶

58. Section 108 Recognition of Other Foreign Judgments

- (1) With the exclusion of judgments in marital matters, foreign judgments shall be recognized without the requirement of a particular proceeding.
- (2) Participants who have a legal interest therein may apply for a decision on the recognition or non-recognition of a foreign judgment that does not involve property law. Section 107 (9) shall apply *mutatis mutandis*. As to the recognition or non-recognition of the adoption of a child, however, sections 2, 4, and 5 of the Act on the Effect of Adoptions according to Foreign Law (*Adoptionswirkungsgesetz*; AdWirkG) shall be applicable when the adopted person at the time of the adoption had not yet reached the age of 18.
- (3) Local jurisdiction [...].

Section 109 Impediments to Recognition

- (1) Recognition of a foreign judgment shall be excluded:
 1. when the courts of the other state do not have jurisdiction under German law;
 2. when a participant, who did not comment on the main action and claims that the document initiating the proceeding was improper or that notification was untimely so that he could not properly exercise his rights;
 3. when the judgment is incompatible with a judgment issued or recognized earlier in Germany, or when the proceedings at the basis of such judgment are incompatible with proceedings that were previously pending here;

¹¹⁶ Unofficial translation for the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection provided by KAREN GUIDA, available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_famfg/index.html.

4. when recognition of the judgment would lead to a result that is obviously incompatible with significant principles of German law, in particular when recognition is incompatible with fundamental rights.

[...]

V. Table of German Abbreviations

AG	=	Amtsgericht	Lowest Instance Court
BGH	=	Bundesgerichtshof	German Supreme Court
BfJ	=	Bundeamt für Justiz	Federal Office of Justice (Federal Agency)
EGBGB	=	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen	Gesetzbuche = Introductory Act to the Civil Code (= German Act on Private International Law)
FamFG	=	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit	Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction (German Act on Family Law Procedure)
KG	=	Kammergericht	Higher Instance Court of Berlin
LG	=	Landgericht	First or second Instance Court
OLG	=	Oberlandesgericht	Higher (second or third) Instance Court
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof	Administrative Court
ZPO	=	Zivilprozessordnung	Code of Civil Procedure

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: AUSTRIA*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: AUSTRIA

FLORIAN HEINDLER

Faculty of Law

Sigmund Freud University Vienna

ORCID ID: 0000-0001-9261-8729

MARTINA MELCHER

Institute of Civil Law Foreign Private Law and Private International Law

University of Graz

ORCID ID: 0000-0001-7686-9990

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6744>

Abstract: CJEU and ECtHR case law generally oblige the EU Member States to recognise a status acquired abroad. This report shows in detail how Austrian law complies with this obligation and how ‘recognition’ is ensured in Austrian practice. Two general observations can be made: First, public policy considerations and the recognition of foreign administrative decisions and certificates (e.g. birth certificate) play an increasingly important role. Second, whereas much attention is paid to the result, namely the (non-)recognition of a status in Austria, methodologically sound arguments and justifications are missing in practice.

Keywords: recognition, acceptance, status acquired abroad, Austrian private international law, status registration

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado austriaco cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Austria.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado austriaco.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue (CDT (March 2022), Vol. 14, N°1) in GÖSSL/MELCHER, “Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws”.

Summary: Introduction II. Status Recognition by Subject Matter 1. Filiation A) Paternity/Parentage B). Surrogacy C) Adoption 2. Couple Relationships A) General B) Marriage C) Registered Partnership D) Non-(state-)registered Relationship 3. Capacity 4. Gender 5. Name III. Methodological Analysis 1. General 2. Recognition of Decisions: How Does It Work? 3. Recognition by PIL: How Does It Work? 4. Recognition by Acceptance 5. The Role of Public Policy and Human Rights 6. Reception, Transformation and Effects 7. Renewal of Status IV. Registration of a ‘Foreign’ Status V. Awareness in Academia and Politics 1. Literature on Recognition 2. Political and Legislative Awareness 3. Recognition as a Topic in Legal Education.

I. Introduction

1. The report first gives an overview of status recognition in its various subject matters, including parentage (especially surrogacy), adoption, marriage (same-sex and opposite-sex) and partnership (see *infra* II). It then presents an analysis of the overall methods of recognition as well as an explanation of the methods of recognition applied in Austria (see *infra* III). Furthermore, the paper reviews the effects and conditions of the registration of a foreign status, focusing especially on the technicalities in Austrian law (see *infra* IV). Finally, it provides an insight into the awareness of recognition in Austrian academia and politics (see *infra* V).

II. Status Recognition by Subject Matter

2. Questions regarding the recognition of a status determined or acquired abroad have arisen in the context of names, parentage (especially surrogacy), adoption, marriage (same-sex and opposite-sex) and partnerships. However, recognition by acceptance only played a role in the context of surrogacy and names as far as courts and administrative authorities are concerned.

1. Filiation

A) Paternity/Parentage

3. Paternity in this sense means the affiliation between a child and its parent which is not created by adoption. In other words, the rules applicable encompass paternity due to biological and genetic parentage, due to acceptance of parentage by declaration and parentage due to a marriage (registered relationship) with the (birth-)mother.

4. In case of a **foreign decision on the paternity to a child**, the rules regarding the recognition of adoption decisions are applied by analogy (see *infra* 3).¹ Such decisions encompass declaratory decisions or mere registrations/recordings of an acknowledgement of paternity², as well as judicial settlements. Recently, the OGH also ‘recognised’ the parentage of a father acknowledging his paternity before the competent Ukrainian authority under § 91a AußStrG as a *decision* of the Ukrainian authorities.³ *Nademleinsky* points out the potential conflict with § 25 IPRG and concedes that court practice allows for easier recognition for intended parents in surrogacy cases.⁴

¹ OGH 27 November 2014, 2 Ob 238/13h (recognition of a Kenyan decision on fatherhood).

² See, for example, OGH 25 June 2020, 6 Ob 7/20b (recognition of an acknowledgement of fatherhood before the competent authority in Ukraine which resulted in a Ukrainian birth certificate).

³ OGH 25 June 2020, 6 Ob 7/20b, *Zeitschrift für interdisziplinäres Familienrecht (iFamZ)*, 2020, p. 306, ‘recognised’ the parentage after an acknowledgement of paternity before the competent Ukrainian authority.

⁴ NADEMLEINSKY, “Entscheidungen zum Internationalen Familienrecht”, *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z)*, 2021, p. 48; see also VERSCHRAEGEN/HEINDLER, “Austria”, in MEYER, *Public Policy and Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, at mn. 57 (forthcoming): ‘Under § 91a AußStrG any formal cooperation of a state organ is regarded as a ‘decision’ and can be recognised’.

5. In the absence of a foreign decision, parentage (fatherhood and motherhood⁵) is determined by the application of the rules of PIL. § 21 IPRG⁶, which applies to children born in wedlock (i.e. to a married couple), refers to the common nationality of the spouses at the time of birth or, if the marriage was dissolved before, at the time of dissolution. If the spouses do not have a common nationality, the nationality of the child at the time of birth serves as a connecting factor. § 25 IPRG⁷, which applies to children born outside of wedlock, refers to the nationality of the child at the time of birth (or at a later point in time by application of the favour principle) as a connecting factor. If the applicable law qualifies the person in question as a parent, this parentage is considered valid also from the perspective of Austrian law.

6. As regards the parentage of a child for the purpose of awarding the Austrian citizenship (i.e. determination of parentage to establish the Austrian nationality of a child), a slightly different approach is taken by the competent authorities. According to § 7 StbG⁸, children acquire the Austrian nationality (automatically) at birth if their mother or father is an Austrian national. Interestingly, Austrian law determines the mother and the father of a child for these purposes with (direct) reference to Austrian substantive law, namely §§ 143 and 144 (1) ABGB. According to these rules, the mother is the woman who gave birth to the child (§ 143 ABGB) and the father is the person who was married to the mother at that time or who acknowledged his paternity or whose paternity was determined by court decision (§ 144 (1) ABGB).⁹ No reference is made to the Austrian PIL rules (i.e. §§ 21, 25 IPRG). This approach avoids a so-called ‘circle situation’ (i.e. Austrian citizenship is determined by reference to parentage and parentage is determined by reference to the child’s nationality, as is often the case with regard to § 25 (and 21) IPRG) which was heavily criticised in the past¹⁰.

B) Surrogacy

7. In general, for the filiation of a child born by a surrogate mother the same rules apply as for ‘traditional’ paternity (see *supra* mn. 4-6). However, due to the involvement of a surrogate mother, some particularities exist, which will be illustrated by reference to two judgments of the Austrian Constitutional Court (VfGH)¹¹ and a recent judgment of a Tyrolian district court¹².

⁵ §§ 21 and 25 IPRG have to be applied by analogy to determine the motherhood as well, OGH 19 December 2007, 3 Ob 220/07h (motherhood of an Austrian woman to a Philippine child; name of the mother was faked in the birth register).

⁶ § 21 IPRG: ‘Die Voraussetzungen der Ehegatten eines Kindes und deren Bestreitung sind nach dem Personalstatut zu beurteilen, das die Ehegatten im Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder, wenn die Ehe vorher aufgelöst worden ist, im Zeitpunkt der Auflösung gehabt haben. Bei verschiedenem Personalstatut der Ehegatten ist das Personalstatut des Kindes zum Zeitpunkt der Geburt maßgebend.’

⁷ § 25 (1) IPRG: ‘Die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind sind nach dessen Personalstatut im Zeitpunkt der Geburt zu beurteilen. Sie sind jedoch nach einem späteren Personalstatut des Kindes zu beurteilen, wenn die Feststellung bzw. Anerkennung nach diesem, nicht aber nach dem Personalstatut im Zeitpunkt der Geburt zulässig ist. Das Recht, nach dem die Vaterschaft festgestellt oder anerkannt worden ist, ist auch für deren Bestreitung maßgebend.’

⁸ Federal Law on Austrian citizenship 1985, Federal Law Gazette n°311/1985 (last amended by n°61/2018).

⁹ Although § 7 StbG was not modified to encompass an explicit reference to § 144 (2) ABGB, which mirrors § 144 (1) ABGB regarding the same-sex spouse/partner of the mother as a parent and was introduced in 2015, such a reference to § 144 (2) ABGB must be read into § 7 StbG. Since 1 January 2015, all rules which refer to the ‘father’ and his ‘paternity’ shall be applied to the woman who is the registered partner (or wife) of the mother, thus encompassing cases of medically assisted reproduction (see § 144 (3) ABGB as amended by Federal Law Gazette n°I 35/2015).

For cases not yet covered by this amendment, the administrative courts have interpreted then § 144 ABGB in accordance with the principle of equality to encompass not only a man married to the mother but also a woman married to the mother (for details see Administrative Court Vienna, 26 April 2019, VGW-152/089/4757/2019-2, available at <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at/Content.Node/rechtsprechung/152-089-4757-2019.pdf> (in German)).

¹⁰ LURGER/MELCHER, *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2nd ed., Vienna, Verlag Österreich, 2021, mn. 2/147.

¹¹ For a critical review see LURGER, “Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2013, p. 282, Welcoming the decisions of the VfGH in the light of ECtHR Advisory Opinion (10 April 2019, Request n°P16-2018-001); VERSCHRAEGEN, “Leihmutterschaft. Zum Recht auf Elternschaft”, *iFamZ*, 2019, p. 266 *et seq.*

¹² BG NN (Tyrol) 21. November 2019, 2 FAM 54/19z. The judgment itself was not published, but a summary can be found in NADEMLEINSKY, “Anerkennung ukrainischer Leihmutterschaft”, *EF-Z*, 2020, p. 45 *et seq.*

8. First, in the ‘**US surrogacy case**’, the Austrian VfGH revoked a decision of the municipal authority of Vienna (*Magistrat Wien*) in 2010, which denied two siblings, born to a surrogate mother (in vitro fertilisation) in Georgia (US) in 2006 and 2009, the Austrian nationality because their genetic, intended mother, an Austrian national with whom the children were living in Austria, was not their (birth-)mother.¹³ Originally, both children were issued certificates of Austrian citizenship based on their birth certificates in September 2006 and April 2009. However, in 2009, in the context of an application for childcare allowance, the authorities were informed that at least one of the children was born by a surrogate mother. The Ministry of Interior thus considered their birth certificates ‘incorrect’ (as the genetic and intended mother was named as ‘mother’) and induced a re-assessment of the children’s Austrian citizenship.

9. The 2010 decision of the municipal authority of Vienna argued – in accordance with an opinion issued by the Ministry of Justice – that the US Order of declaratory judgment by the Superior Court of Cobb County and Fulton County respectively, which determined the legal parentage of the intended parents (i.e. of the Austrian genetic mother and the Italian genetic father), could not be recognised due to a violation of the Austrian *ordre public*.¹⁴ Furthermore, US law that would be applicable according to (an analogous application of) the Austrian PIL rules,¹⁵ referred back to (substantive) Austrian law, which considers the woman who gave birth to the children as their mother (see § 143 ABGB).¹⁶

10. The VfGH then argued that the (substantive) US (!) rules on parentage and in vitro fertilisation were overriding mandatory rules (‘*zwingende Rechtsvorschriften*’) and thus ‘overruled’ Austrian substantive rules on parentage (including § 137b ABGB [now § 143 ABGB]). Furthermore, it argued that the Austrian *ordre public* does not prevent the recognition of the US order of declaratory judgment – as the rules prohibiting surrogacy in Austria do not form part of the *ordre public* – and that a refusal of recognition would be against the children’s well-being/best interests (i.e. it would be deprived of the genetic, intended mother and would lose all maintenance and other financial rights). For an analysis (and critique) of the methodology employed see *infra* III.4.

11. Second, in the ‘**Ukraine surrogacy case**’, the Austrian VfGH revoked a decision of the regional government of Vienna (*Landesregierung Wien*) which denied Austrian nationality to twins born to a surrogate mother in Ukraine in 2010 because their mother, an Austrian national with whom the children were living in Austria, was not their (birth-)mother.¹⁷ In essence, the civil servant at the Austrian embassy in Kyiv (Ukraine), who was asked to issue emergency passports for the twins based on their Ukrainian birth certificates, which listed the intended (Austrian) parents as mother and father, suspected that the children were born by a surrogate mother. The intended parents were unable to dispel these doubts during repeated interviews. The genetic parentage of both Austrian intended parents was not doubted by the authorities. The authority essentially argued that the ‘recognition of a surrogacy contract which involves an Austrian citizen’ would violate the Austrian *ordre public*. Thus, even if applicable due to the Austrian PIL rules, Ukrainian law could not be applied, but Austrian (substantive) law had to be applied instead. According to Austrian substantive law, the intended mother, who is not the birth mother of the twins, is not their legal mother, and thus the children cannot acquire Austrian citizenship from their intended mother.

¹³ VfGH 14 December 2011, B13/11 (surrogacy, USA).

¹⁴ In academic literature, this assessment was criticised (see *infra* III.3).

¹⁵ In this case, § 21 IPRG names the nationality of the children as a connecting factor, given that the (genetic) parents in question do not have a common nationality (Austria, Italy). Due to their birth in the US, both siblings acquired the US citizenship at the time of birth. Thus, US law including its rules on PIL is applicable.

¹⁶ As explained by LURGER, “Das österreichische IPR bei Leihmuttertschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot”, *IPRax*, 2013, p. 285, this conclusion is incorrect as US/Georgia law clearly did not refer the issue to Austrian law but applied substantive US/Georgia law; the children received US citizenship at birth.

¹⁷ VfGH 11 October 2012, B 99/12 ua (surrogacy, Ukraine).

12. The VfGH then argued that in such cases, ‘foreign law’ and ‘consequently’ ‘proof by authentic foreign documents’ must be used to determine legal parentage and (Austrian) citizenship. In any case, public policy (*ordre public*) cannot prevent the ‘recognition of the Ukrainian birth certificate’ or prohibit the application of Ukrainian law. In essence, the arguments against a violation of the Austrian *ordre public* were the same as in the US surrogacy case; in addition, the VfGH argued that such an application of the *ordre public* exception in the Ukraine surrogacy case essentially makes the children ‘stateless persons’. For an analysis (and critique) of the methodology employed see III.4.

13. A Tyrolian¹⁸ district court judgment¹⁹ dealt with the recognition of a Ukrainian decision (i.e. the ‘recognition of a birth certificate’ in the words of the court) on the paternity of a child born by a surrogate mother in 2019 in Ukraine. Interestingly, the civil section of the district court applied § 91a AußStrG²⁰ analogously, although the foreign decision merely consisted of a registration of the intended parents as parents in the birth register by the Ukrainian civil registry office.²¹ In accordance with the two aforementioned VfGH cases, reasons of public policy could not prevent recognition (i.e. the laws on artificial insemination which prohibits surrogacy in Austria are mandatory rules, but they do not form part of the Austrian *ordre public*; a general interest to prevent surrogacy is secondary to the well-being/interests of the child; the well-being/interests of the child demand recognition as it is living with the intended parents). Unfortunately, the judgment did not discuss the mirrored jurisdiction criterion (*‘österreichische Jurisdiktionsformel’*) which requires the foreign authority to be competent according to Austrian jurisdiction rules (i.e. the child must have had its common habitual residence in Ukraine, which is, in our opinion, rather doubtful).

C) Adoption

14. An adoption certified by the (foreign) competent authority has to be recognised if the state in which the adoption was effected is a contracting state of the **Hague Adoption Convention** (Article 23 of the Convention).

15. Any other **foreign adoption decision** (either from a non-contracting state and also in the absence of an Article 23 Hague Adoption Convention-confirmation) has to be recognised in Austria (also incidentally, as a preliminary question), if it does not violate the Austrian *ordre public* and the right to be heard has been respected for all parties (unless the party who was not heard agrees with the decision) and there is no earlier decision that conflicts with the decision in question and the authority which issued the adoption decision would have been competent according to Austrian law (see § 91a AußStrG).²² The term ‘decision’ is understood broadly in this sense and covers any judicial or administrative conduct (involvement) concerning the adoption, including the mere registration, recording or authentication of a private contract.²³

¹⁸ Apparently, a district court in Vienna decided accordingly in a similar case in February 2020, see NADEMLEINSKY, “Baby im fremden Bauch? Wunschkinder brauchen Rechtssicherheit”, *Die Presse*, 16 March 2020.

¹⁹ See *supra* at note 13.

²⁰ § 91a AußStrG: ‘(1) Eine ausländische Entscheidung über die Annahme an Kindes statt wird in Österreich anerkannt, wenn sie rechtskräftig ist und kein Grund zur Verweigerung der Anerkennung vorliegt. Die Anerkennung kann als Vorfrage selbständig beurteilt werden, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. (2) Die Anerkennung der Entscheidung ist zu verweigern, wenn 1. sie dem Kindeswohl oder anderen Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung (*ordre public*) offensichtlich widerspricht; 2. das rechtliche Gehör einer der Parteien nicht gewahrt wurde, es sei denn, sie ist mit der Entscheidung offenkundig einverstanden; 3. die Entscheidung mit einer österreichischen oder einer früheren, die Voraussetzungen für eine Anerkennung in Österreich erfüllenden Entscheidung unvereinbar ist; 4. die erkennende Behörde bei Anwendung österreichischen Rechts international nicht zuständig gewesen wäre. (3) Die Anerkennung ist weiters jederzeit auf Antrag jeder Person zu verweigern, deren Zustimmungsrechte nach dem anzuwendenden Recht nicht gewahrt wurden, insbesondere weil sie keine Möglichkeit hatte, sich am Verfahren des Ursprungsstaats zu beteiligen.’ For a description of the provision in English see mn. 15, 37 et seq.

²¹ According to Ukrainian law, the intended parents are determined as legal parents this way. For the broad understanding of the term ‘decision’ in Austria and the application of § 91a AußStrG see mn. 15, 38.

²² See *supra* at note 21.

²³ See OGH 27 November 2014, 2 Ob 238/13h, with further references; 31 August 2006, 6 Ob 189/06x; 29 January 2010,

16. Adoptions by (mere) private contract may be recognised by application of PIL, namely § 26 IPRG²⁴, which points to the law of the nationality of the adoptee and the adopter(s) which must be applied cumulatively.²⁵ Institutions similar to adoption, in particular, ‘*kafala*’ in Islamic law, have not yet been dealt with by the OGH. It is, however, mentioned in Austrian literature that *kafala* might lead to the application of Art 4 (2) or (4) of the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations (2007), meaning that another law applies if the creditor is unable by virtue of the laws referred to otherwise to obtain maintenance from the debtor.²⁶

2. Couple Relationships

A) General

17. Foreign decisions on the marital or partnership status of a person (i.e. divorce or dissolution of partnership) – that were not issued by a Member State of the EU (applicability of the Brussels IIbis regulation) or an international (bilateral) treaty – are recognised in Austria if this would not result in a violation of the Austrian *ordre public* and the right to be heard has been respected for both spouses (unless, the spouse who was not heard agrees with the decision²⁷) and there is no Austrian decision and no earlier decision that conflicts with the decision in question and the mirrored jurisdiction criterion would be fulfilled (see § 97 (2) AußStrG;²⁸ “*österreichische Jurisdiktionsformel*”²⁹).

18. If a marriage or registered partnership is recognised by PIL rules (i.e. no foreign decision available), one has to take into account that there are often separate connecting factors for the question of the (recognition of the) status on the one hand (e.g. marriage) and its consequences on the other hand (e.g. succession). Thus, a status recognised due to the application of the *lex loci registrationis* (e.g. same-sex marriage in the Netherlands) may have no effects due to the applicability of the law of the nationality of the spouses (e.g. Polish nationality).³⁰

B) Marriage

19. Due to the lack of a foreign decision, marriages concluded abroad are usually recognised (or not recognised) by application of the Austrian PIL rules, namely § 16 (2) IPRG (nationality of the spouses or alternatively *lex loci*) regarding the formal requirements and § 17 IPRG (cumulative application of the law of the nationality of each spouse) regarding substantive requirements.³¹ § 17 (2) IPRG ensures that a new marriage is not prevented by the fact that the law of the nationality of one of

1 Ob 138/09i; 13 October 2011, 6 Ob 69/11g. See also OGH 20 December 2018, 6 Ob 142/18b; 25 June 2020, 6 Ob 7/20b, *iFamZ*, 2020, p. 306 (acknowledgement of paternity before the competent Ukrainian authority).

²⁴ § 26 (1) IPRG (in German): ‘Die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt und der Beendigung der Wahlkindschaft sind nach dem Personalstatut jedes Annehmenden und dem Personalstatut des Kindes zu beurteilen. Ist das Kind nicht entscheidungsfähig, so ist sein Personalstatut nur hinsichtlich der Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, maßgebend’.

²⁵ OGH 2 September 2020, 3 Ob 71/20t (adoption of an adult refugee from Uganda).

²⁶ GITSCHTHALER, in GITSCHTHALER (ED), *Internationales Familienrecht*, Vienna, Verlag Österreich, 2019, HUP Art 4, mn. 16.

²⁷ OGH 23 October 2006, 7 Ob 199/06z (divorce by court in Texas, US).

²⁸ See *supra* at note 21.

²⁹ See, for instance, OGH 26 April 2017, 1 Ob 21/17w, *EF-Z*, 2017, p. 233 (GARBER); for an explanation of the Austrian meaning, see mn. 13.

³⁰ OGH 12 May 2021, 6 Ob 66/21f, *EF-Z*, 2022, p. 77 (HEINDLER) (annulment of a second marriage of a Turkish national after divorce in Germany).

³¹ See, for example, VfGH 9 June 2008, B860/07; G191/07 (Russian marriage); BVwG 30 May 2018, W165 2178103-1/3E (Syrian marriage); BVwG 29 May 2018, W212 2184938-1/5E (Syrian marriage); BVwG 3 January 2018, W144 2163719-1/2E (Syrian marriage); OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x (cohabitation under the law of Israel).

the spouses does not recognise a decision regarding the dissolution/divorce of a prior marriage which is recognised in Austria.

20. Before 1 January 2019, **same-sex marriages** have been qualified as registered partnerships according to § 27a IPRG³² – using the *lex loci celebrationis/registrationis* as a connecting factor – or marriages according to § 16, 17 IPRG³³. Some also argued in favour of an application of § 1 IPRG (closest connection).³⁴ However, since the Constitutional Court required in a recent judgment from December 2017 that marriage has to be open to same-sex couples in Austria as of 1st of January 2019, same-sex marriages can no longer be considered as registered partnerships for the purposes of PIL. In this regard, § 17 IPRG was amended by including a new paragraph 1a addressing situations where the law of the nationality of one or both fiancés precludes same-sex marriage. In such a case, the *lex loci celebrationis* is to be applied with regard to the substantive requirements. The amendment was necessary. Several Austrian authorities reportedly performed same-sex marriages regardless of the law of the spouses' nationality, whereas others – as proposed in doctrine³⁵ – rejected requests with reference to the foreign law of the nationality.³⁶ Since Austrian private law rules generally apply without retroactive effect and neither § 17 (1a) IPRG nor the VfGH judgment contain any intertemporal regulations, pre-existing same-sex marriages (i.e., established before 1 August 2019 as regards § 17 (1a) IPRG and before 1 January 2019 as regards the substantive rules) remain untouched. Their validity from the perspective of Austrian law continues to be assessed by reference to the abovementioned rules (i.e., § 27a IPRG, § 1 IPRG or §§ 16, 17 (1) and (2) IPRG). Furthermore, a bulletin issued by the Ministry of Internal Affairs³⁷ advises that same-sex marriages which have been concluded before 1 January 2019 can either be reestablished in Austria and registered as such or an adaptation of the personal registry may be requested which leads to the registration of the (same-sex) marriage in the Austrian registry. In the latter case, the date of the registration is put down as marriage date.

C) Registered Partnership

21. For registered partnerships, the applicable PIL rule (§ 27a IPRG) refers to the *lex loci registrationis* and thus effectively ‘accepts’ the validity of a status acquired abroad. Such a connecting factor ensures recognition and avoids limping relationships but does not take ‘the closest connection’ into consideration.

D) Non-(state)-registered Relationship

22. Religious marriages and also non-registered partnerships (‘domestic cohabitation’)³⁸ have been characterised as situations to which the connecting factor in §§ 16, 17 IPRG ought to be applied. Sometimes also § 1 IPRG is considered to be applicable.³⁹

³² VfGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018 (earlier instances). See also NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 40, with further references.

³³ VERSCHRAEGEN, *Internationales Privatrecht*, Vienna, MANZ Verlag, 2012, p. 13 *et seq.*

³⁴ VfGH 12 March 2014, B 166/2013.

³⁵ See BUDZIKIEWICZ, “Internationales Familienrecht: Ein Blick auf die jüngsten Reformen im österreichischen IPR-Gesetz“, *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV)*, 2020, p. 37, at 39; KATHREIN/PESENDORFER, „Ehe und eingetragene Partnerschaft für alle“, *iFamZ*, 2018, p. 324, at 326; NITSCH, “Gleichgeschlechtliche Ehen im IPR – vom Personalstatut zum Begründungsstatut“, *iFamZ*, 2019, p. 400.

³⁶ See ERTL, “Die Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare im IPR“, *iFamZ*, 2019, p. 399, at note 10.

³⁷ BMI-VA1300/0055-III/3/b/2019 partially quoted in AICHHORN, “Diskriminierungsfreie Kollisionsnorm für gleichgeschlechtliche Ehen in Österreich“, *EF-Z*, 2019, p. 258.

³⁸ OGH 25 March 2014, 10 Obs 16/14x, *EF-Z*, 2014, p. 230 (VERSCHRAEGEN).

³⁹ LURGER/MELCHER, *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2nd ed., Vienna, Verlag Österreich, 2021, mn. 2/51.

23. In one case, the OGH had to determine (as a preliminary question) whether a ‘non-registered partnership (cohabitation)’ established in Israel qualified as a marriage.⁴⁰ For that purpose, it applied the Austrian PIL rules on marriage (§ 16 IPRG), which referred to the law of Israel. The law of Israel only allows religious marriages and a special sort of ‘registered partnerships’, but accords ‘cohabitants’ rights and obligations similar to those of spouses (e.g. inheritance rights, widow’s pension etc). Interestingly, the Austrian OGH refused ‘recognition’ and thus did not grant widow’s pension because such a ‘cohabitation’ was not a marriage, without paying attention to the fact that the status, which cohabitants have under the law of Israel, would grant them a widow’s pension.

3. Capacity

24. Capacity (to contract) is ‘recognised’ by applying the respective EU or Austrian PIL rules, namely Article 13 Rome I Regulation or § 12 IPRG.⁴¹

25. Capacity to sue and to be sued is generally determined in accordance with Austrian procedural law. § 6a ZPO requires the court to request the competent (national) guardianship court to take measures for representation if the party’s capacity to sue and to be sued is affected due to mental illness. There are no rules for situations where the Austrian guardianship court lacks international jurisdiction. Whereas courts are hesitant to apply § 6a ZPO in situations involving foreign guardianship courts by way of analogy,⁴² a decision of the OGH suggests taking into consideration whether foreign guardianship authorities take appropriate action.⁴³

4. Gender

26. Gender transition is ‘recognised’ by application of the respective EU or Austrian PIL rules. In a case decided by the Austrian Supreme Administrative Court (VwGH), recognition of gender transition was subject to an incidental question relevant to the decision whether a couple was entitled to marry.⁴⁴ The question of gender transition, thus, was not regarded as an independent issue but characterised as a question to the capacity to contract marriage. Thus, the VwGH held that the law of Thailand shall be applied in accordance with § 17 (1) IPRG. Had the application of the law of Thailand been an obstacle to the marriage, the Austrian public policy clause would have had to be applied in view of Article 12 ECHR.⁴⁵

5. Name

27. Questions regarding names are subject to the law of nationality of the person (§§ 9 and 13 IPRG).

28. Particularly where a situation involves refugees and stateless persons, the application of § 9 IPRG might result in changes regarding the right to bear the name. Since Article 7 of the UN Convention on the Rights of the Child, Article 7 EU ChFR, and Article 8 ECHR protect the name,⁴⁶ public authorities

⁴⁰ OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x.

⁴¹ With further references: VERSCHRAEGEN, in RUMMEL, *ABGB*, 3rd ed., Vienna, MANZ Verlag, 2004, § 12 IPRG n. 3.

⁴² See OGH 28 August 1997, 3 Ob 116/97y (explicitly); 16 March 2004, 4 Nc 4/04g (implicitly).

⁴³ OGH 16 March 2004, 4 Nc 4/04g: ‘Sofern sich nicht das Amtsgericht Kempten – nach Verständigung durch das Prozessgericht – doch dazu verstehen sollte, neuerlich eine Betreuung für die Klägerin zu bestellen’.

⁴⁴ VwGH 30 September 1997, 95/01/0061.

⁴⁵ VwGH 30 September 1997, 95/01/006; with further references VERSCHRAEGEN/HEINDLER, ‘Austria’, in MEYER, *Public Policy and Private International Law*, at mn. 45 (forthcoming).

⁴⁶ VERSCHRAEGEN, ‘Grund- und menschenrechtliche Herausforderungen von Migrationsbewegungen für das Privatrecht’, in DETHLOFF/NOLTE/REINISCH, *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick: Migrationsbewegungen*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2018, p. 325, 339.

and courts must deviate from the application of the connecting factor in § 13 IPRG in such cases. In this context, recognition by ‘acceptance’ applies.

29. If EU citizens are concerned, Article 21 TFEU and the EU decisions on the exercise of the right of free movement and residence apply. The fact that a name is registered in different ways in two EU Member States is regarded as a restriction under Article 21 TFEU and requires justification based on objective considerations and proportionality in line with a legitimate objective of the national provision. In contrast, if a name is registered only in one state but, in case of dual citizenship, could be registered in a second state in a different way, the OGH held that the Austrian PIL rules (§ 13 (1) IPRG) referring to the law of the state, where the name is registered apply and the person is not entitled to change his name in accordance with the law of the state where he could possibly register in the future. The OGH explicitly mentioned that this interpretation of § 13 (1) IPRG does not violate Article 21 TFEU.⁴⁷

30. The Austrian Ministry of the Interior refers to ECJ Case law (C-353/06 *Grunkin-Paul*) in its Instructions for Registry Offices (*Durchführungsanleitung für die standesamtliche Arbeit*) as of October 2014,⁴⁸ and states therein that names in certificates of birth issued by other EU Member States ought to be ‘recognised’ notwithstanding which law would be applicable in accordance with § 13 IPRG. Austrian courts regularly refer to ECJ decisions regarding names. Likewise, the VwGH referred to ECJ C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*) and stated that the Law on the Abolition of the Nobility shall be applied to Austrian citizens.⁴⁹ Similarly, the Austrian Constitutional Court referred to decisions of the ECJ and the ECtHR (ECtHR 11 September 2007, *Bulgakov*, Appl 59894/00) when deciding about the use of titles of nobility in names.⁵⁰ However, sometimes the abolition of titles of nobility is applied too formalistically and, in our opinion, fails to respect the diverging cultural and historical circumstances of foreign names.⁵¹ This is particularly inconsiderate in the light of the ECtHR case law considering the name to be a component of private and family life in the meaning of Article 8 ECHR.⁵² Therefore, the VfGH rightly points out that foreign names seemingly containing titles of nobility, such as ‘of’ or ‘noble’, shall only be prohibited based on public policy reasons if they are historically connected with a title of nobility or represent an actual (foreign) title of nobility.⁵³

III. Methodological Analysis

1. General

31. Questions of status recognition are mostly raised as **preliminary questions** (marital status, e.g. regarding parentage,⁵⁴ asylum cases⁵⁵, and widow’s pension⁵⁶), but may also be qualified as main questions and be at the ‘centre’ of legal proceedings.

⁴⁷ See, most recently, OGH 20 April 2021, 4 Ob 41/21i, *EF-Z*, 2021, p. 217 (HEINDLER) (a possible requirement to recognise applies only to names which are already borne in another Member State but does not affect the PIL rule (§ 13 IPRG) as such).

⁴⁸ BMI-VA1300/382-III/4/b/2014, 59.

⁴⁹ VwGH 27 February 2018, Ra 2018/01/0057; a similar decision was adopted by the same court with reference to ECJ case law in VwGH 25 November 2008, 2008/06/0144.

⁵⁰ VfGH 26 June 2014, B 212/2014; VfGH 9 October 2019, E 1851/2019; VfGH 2 March 2020, E 4050/2019.

⁵¹ See, most recently, the decision of the Austrian embassy in Bern (Switzerland) regarding a French surname (*de Milhé de Saint Victor*) of the Austrian wife of a French citizen, which was reduced to ‘*Milhé*’ in “Adelsaufhebung: Wie die Behörden Namen dritteln”, *Die Presse*, 22 July 2019.

⁵² ECtHR 22 February 1994, *Burghartz vs Schweiz*, Appl n°16213/90; ECJ 22 December 2012, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, mn. 52; VERSCHRAEGEN/HEINDLER, “Austria”, in MEYER, *Public Policy and Private International Law*, at mn. 35 (forthcoming).

⁵³ VfGH 2 March 2020, E 4050/2019 (Portuguese ‘*nobre de*’); see also VERSCHRAEGEN/HEINDLER, “Austria”, in MEYER, *Public Policy and Private International Law*, at mn. 37 *et seq* (forthcoming).

⁵⁴ OGH 16 October 2015, 7 Ob 142/15f, *EF-Z*, 2017, p. 104 (NADEMLEINSKY).

⁵⁵ See, for example, VfGH 9 June 2008, B 860/07; G 191/07; BVwG 30 May 2018, W165 2178103-1/3E; BVwG 19 January 2016, W211 2118334-1/2E (marital status in view of a child marriage [denied with reference to *ordre public*]); according to § 2(1) n°9 NAG (BGBl n°I 2005/157), the maximum age of 21 was determined.

⁵⁶ OGH 25 March 2014, 10 Obs 16/14x.

32. As illustrated by the above overview, Austrian law knows **three different methods of recognition**:

1. **Recognition of judgments** (and other official decisions): A foreign status decision and the status established therein is recognised by Austrian authorities.⁵⁷
2. **Recognition by PIL**: In the absence of a judgment or other decision that may be recognised, courts and public authorities have to apply the relevant national PIL rule to determine the *lex causae* governing the establishment of the status. If the requirements of the *lex causae* are fulfilled, Austrian law recognises this status as valid (as long as the Austrian *ordre public* is not violated).
3. **Recognition by acceptance**: A foreign status is recognised in Austria, despite the lack of a decision that may be recognised and irrespective of the applicable law according to PIL rules.

33. Whereas the **first two options** represent ways to ‘recognise’ a foreign status in result and are regulated by statutory provisions,⁵⁸ the last option embodies the acceptance of a foreign status as a specific and autonomous method. All methods have been used in Austria, but almost all cases dealing with the ‘recognition’ of a foreign status (i.e. a status that has been acquired abroad), used the first two options: If a decision can be recognised, it will be; if not (e.g. no ‘qualified’ decision, no decision at all), the status may still be ‘recognised’ for the purposes of Austrian law, if the applicable law, as determined by the Austrian PIL rules, considers the status to be legally valid⁵⁹. Hence, the discussion is often limited to ‘recognition of decisions’ and ‘recognition by PIL’⁶⁰.

34. So far, recognition of a foreign status by mere acceptance (**third option**) has only been used in a few very particular cases, namely recognition of names (due to EU law requirements)⁶¹ and (possibly) parentage/motherhood in surrogacy cases⁶². Mere acceptance of a status as a method thus plays a relatively limited role in court practice; international obligations/requirements of mutual trust have not led to an increased application of ‘recognition by acceptance’ as a method in cases without precedent. It seems that this method is only used if there is no other way to remedy an ‘unbearable’ situation from a human rights point of view; the result rather than the method being decisive. However, the method itself is not named or identified by the court(s), but can only be derived from the court’s reasoning, thus – especially in the surrogacy cases – it remains unclear whether the method employed actually can be qualified as recognition by acceptance (see also *infra* mn. 54 et seq).

35. Regarding the methods employed by the **respective courts and authorities**, it might be relevant that – in addition to ordinary courts, such as the civil district and regional courts and the OGH, which generally deal with issues of private law (including PIL) – also administrative courts and authorities, such as the regional administrative courts, the federal administrative court, the VfGH and the

⁵⁷ Herein, the debate is limited to the recognition of procedural effects (*‘prozessrechtliche Wirkungen’*) of the foreign decision (in particular focusing on the binding legal force) whereas the recognition of effects on substantive law (*‘Tatbestandswirkung’*), i.e. the decision leads to subsequent occurrences on claims (e.g. for unjust enrichment), is determined by the respective connecting factor of the PIL rules of the *lex fori*. See recently OGH 25 April 2019, 4 Ob 230/18d, *EvBl*, 2019, p. 1008 (*B. Schneider*). In other cases, however, the OGH fails to properly distinguish procedural effects and effects on substantive law; see, e.g., OGH 26 May 2020, 2 Ob 87/19m, *EF-Z*, 2021, p. 44 (NADEMLEINSKY) (a child born in 1998 after notarial divorce in Cuba (1997) is regarded as having been born in wedlock because Austrian courts performed divorce in 2002).

⁵⁸ There is a debate in the literature about the distinction between the first two options; see NUNNER-KRAUTGASSER, “Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen – Dogmatische Grundfragen”, *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, 2009, p. 793, 797.

⁵⁹ See, with further references, OGH 7 August 2001, 1 Ob 176/01s, *Juristische Blätter (JBl)*, 2002, p. 331.

⁶⁰ See, for example, BVwG 19 January 2016, W211 2118334-1/2E (stating that both Austrian as well as Afghan law (country of residence of the spouse requesting recognition of marital status) do not accept child marriages, however, without deciding which of the two legal regimes applies).

⁶¹ See, for capacity of companies which are recognised in a similar way: OGH 22 June 1932, 1 Ob 573/32 SZ 14/132.

⁶² VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine).

VfGH, sometimes deal with questions of recognition, including issues of PIL. It is possible that these courts are significantly less familiar with the application of these rules and thus do not follow the same methodological approach or apply a similar methodological scrutiny (see, in particular, the judgments on surrogacy,⁶³ and the legal lacunae therein; for details see II.1.2 and 3). Furthermore, one has to keep in mind that only decisions of the highest courts (OGH, VfGH, VfGH) are published on a regular basis and that decisions of lower instances and lower instance administrative authorities are rarely available publicly. Even in decisions which have been published, the legal arguments are often not elaborated and explained in detail and are sometimes even missing altogether.

2. Recognition of Decisions: How Does It Work?

36. Private status decisions (i.e. change of legal status without the involvement of a public authority, such as religious ceremonies; private act drawn up by an individual) cannot be recognised as decisions.⁶⁴

37. Recognition of judgments and other decisions (involving at least an administrative authority; the declaratory character of the decision is sufficient) (1) usually **does not require a special procedure** (i.e. ‘automatic recognition’).⁶⁵ However, a (facultative) procedure may take place if requested, for example, by the parties to a (foreign) adoption decision (§§ 91b and 91c AußStrG)⁶⁶ or regarding a foreign decision on the marital status of a person (§ 98 and 99 AußStrG), and legal interest is established.

38. To some extent, a **public authority in the state of origin** must be involved in the proceedings of the recognising state. For the recognition of a decision on the establishment of the status, it is sufficient that the involvement of the authority is limited to the registration or recording (of a contract or certificate) and that its decision is of a declarative nature only.⁶⁷

39. Mirrored competence⁶⁸ and the right to be heard must have been respected if a foreign decision concerning the dissolution of marriage (§ 97 (2) n°4 AußStrG), the protection of adults (§ 131b (4) n°4 AußStrG), or the adoption/filiation (§ 91a (2) n°4 AußStrG⁶⁹) shall be recognised in Austria; also no conflicting (Austrian) decision can exist in case of a recognition of a court decision (see II.1.3 *supra*).

⁶³ VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine).

⁶⁴ However, if the *lex causae* as determined by the IPRG considers a religious ceremony sufficient for the establishment of a status, such a status may be recognised (if it does not violate the Austrian *ordre public*). See OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x (Jewish marriage).

⁶⁵ See, for example, for adoption cases: §§ 91a *et seq.* AußStrG (see note 21) as amended on 3 August 2009 (Federal Law Gazette n°I 2009/75). Note: This is different regarding judgments given before 2005 (i.e. before the relevant legislative amendment), see, for example, OGH 26 May 2020, 2 Ob 87/19m, *EF-Z*, 2021, p. 44 (NADEMLEINSKY).

⁶⁶ See FUCIK, “Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen”, *iFamZ*, 2009, p. 271, at 272.

⁶⁷ FUCIK, “Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen”, *iFamZ*, 2009, p. 271, at 272, with further references. Critically, NADEMLEINSKY, “Die Anwendung von Anerkennungsregeln auf familienrechtliche Entscheidungen“, *ÖJZ*, 2016, p. 1063 *et seq.* See OGH 27 November 2014, 2 Ob 238/13h with further references; OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x; 29 January 2010, 1 Ob 138/09i; 13 October 2011, 6 Ob 69/11g. See also OGH 20 December 2018, 6 Ob 142/18b. See also *supra* mn. 4, 13 and 15.

⁶⁸ As regards the US surrogacy case, ARNOLD, “Fortpflanzungstourismus und Leihmutterschaft im Spiegel des deutschen und österreichischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts”, in ARNOLD/BERNAT/KOPETZKI, *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015*, Vienna, MANZ Verlag, 2016, at 143, considers that mirrored jurisdiction/competence was fulfilled, because the birthmother likely had US citizenship and the children acquired US citizenship at birth (*ius soli* principle), whereas LURGER, “Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot”, *IPRax*, 2013, at 286, considers mirrored competence not to have been fulfilled, because the habitual residence of the intended parents and children was in Austria, thereby preventing a recognition of the US court decision.

⁶⁹ This provision is applied analogously for filiation. See OGH 27 November 2014, 2 Ob 238/13h, *EF-Z*, 2015, p. 144 (NADEMLEINSKY); OGH 24 March 2015, 8 Ob 28/15y, *EF-Z*, 2015, p. 145 (NADEMLEINSKY); OGH 16 October 2015, 7 Ob 142/15f, *JBl*, 2016, p. 56.

40. As regards the recognition of decisions, the decision is **not reviewed on its merits**⁷⁰, except with regard to public policy (see *infra* 5). Judicial decisions in violation of Article 6 ECHR cannot be recognised.

41. For the recognition of a (court) decision in special proceedings and in the context of a registration of the foreign decision in the Austrian personal status registry, a **copy of the court decision** must be provided.

42. The proceedings shall take place at the **district court**. The court decides on the recognition (non-recognition); its decision is binding for the parties (e.g. adoptee and adopter) but not binding for other persons, e.g. relatives of the adoptee.

3. Recognition by PIL: How Does It Work?

43. Recognition by PIL is **not subject to any special procedure**. If the validity (existence) of a status is in question (e.g. as a main or preliminary question), the Austrian PIL rules are applied and determine whether a status is recognised (i.e. exists from the perspective of Austrian law) or not; often, either Austrian substantive law or the law of the state of origin is applicable. Official registration or a formal request for recognition is not required. Under certain circumstances, a status acquired abroad (e.g. marriage in Las Vegas) is registered in the Austrian personal status registry (see *infra* IV, e.g. name of parents according to § 11 (2) PStG; gender⁷¹ according to § 41 (3) PStG), but registration is not decisive or relevant for recognition.

44. As regards the recognition by PIL, this method is applied in the absence of any public authority decision; hence, a foreign status established, for example, by a religious ceremony or tradition may be ‘recognised’ if it is considered to be legally valid by the state of origin and the law of the state of origin is applied in accordance with Austrian PIL rules.⁷²

45. Due to its nature, recognition by PIL requires a **revision of the legal validity** of the status as determined by foreign law. Thus, the court or public authority in question usually applies the foreign law to verify whether the status was acquired accordingly and does not ‘accept’ the status as documented by a foreign authority. In one case, the BVwG voiced doubts regarding the validity and authenticity of the documents used to prove a (religious) marriage. In the end, however, recognition by PIL was refused due to the fact that the groom was not present at the (necessary) registration of the religious marriage in the civil registry.⁷³ Similarly, doubts were discussed regarding the correctness of a confirmation of birth which named the intended mother as the birthmother.⁷⁴ Foreign law is to be applied *ex officio*, and generally, it is not the parties who ought to prove the law, i.e. the *lex originis* (§ 4 (1) IPRG; *iura novit curia*).

46. There is no particular requirement in Austrian law that the status must be documented (except for the recognition of decisions of course, where a ‘decision’ is required). **Documentation** (i.e. excerpts from public registries) is not required *per se*, but given their evidentiary purpose, such documents may prove that a ceremony (wedding) actually took place. As Austrian authorities must check whether the rules of the place where the wedding took place have been applied/are fulfilled, a lack of documents prevents recognition as it cannot be established that the foreign rules were followed.

⁷⁰ OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x, no revision regarding the effects of a divorce ‘decision’ in the state of origin; *talaq* divorce.

⁷¹ Since 2018, entries of the gender of a person into the Austrian civil registry are not limited to ‘male’ or ‘female’ but can also state ‘inter’ (or ‘divers’ or ‘offen’). For details see VfGH 15 June 2018, G 77/2018-9 and VwGH 14 December 2018, Ro 2018/01/0015.

⁷² OGH 20 August 1996, 10 Ob 2284/96x (marriage by tribal tradition in Nigeria).

⁷³ BVwG 29 May 2018, W212 2184938-1/5E.

⁷⁴ VfGH 11 October 2012, B 99/12 ua (surrogacy, Ukraine).

47. In some cases, certain documents are required for practical reasons. E.g. gender transition requires medical proof, documentary evidence has to be provided when legal entities exercise their fundamental freedoms under the TFEU by way of cross-border transformation or similar. However, if documentation exists, it can be used to prove the ‘existence’ of the status, so it primarily serves an evidentiary purpose. Such documentation is not limited to copies of registry entries but may also include photos, e.g. of a wedding ceremony.

48. In general, **no particular document quality** is required (e.g. private testimony, contracts etc may serve evidentiary purposes) if a document is used for evidentiary purposes in court proceedings, as long as the documents convince the civil registrar and the court. However, if a document shall have the evidentiary quality of an authentic instrument/official deed (öffentliche Urkunde), formal and material requirements have to be complied with (see § 293 (2) ZPO). If a document (translation) is evidently incomplete or inadequate and is afflicted with many errors, an amendment (i.e. authenticated translation) will be required by the court.⁷⁵

49. **Translation** of the document recording the status is not required. Strictly speaking, however, national authorities might require a translation in order to use the document as proof. Documents filed with authorities to request entries in the civil registry must be translated by a duly authorised official translator or interpreter.⁷⁶

4. Recognition by Acceptance

50. Acceptance as a specific method of recognition is applied in situations where recognition cannot be effected by recognition of a foreign (judicial) decision and the PIL rules do not point to the applicability of the ‘law of origin’ of the status or another law which deems the foreign status to be valid. However, it has not been qualified by the courts (or the legislator) as ‘acceptance’ or as a method different from the two traditional ones. Hence, related decisions are difficult to classify. Reasons for recognition by acceptance are compliance with EU law (regarding names) as well as public policy considerations, in particular the well-being/best interests of the child, and human rights (for surrogacy).⁷⁷ Doctrine requires a close connection of the situation in question with the state of origin for recognition by mere acceptance (without application of PIL rules).

51. Naturally, mere acceptance of a status based on the case law of the ECJ regarding free movement only applies to a foreign status originating from other EU Member States.⁷⁸ Otherwise, no such restrictions could be observed; in particular, in the surrogacy cases, it did not seem to play a role where the children were born. The way to identify a **state of origin** for the purpose of recognition/acceptance is hardly discussed in the academic literature or the courts. Usually, the state of origin is considered to be the registering state if the foreign status was registered in a civil registry or official documents are issued by a state. It is also possible to consider a state as the state of origin which is named by the parties as such, given that – except for recognition of decisions – the ‘assessment’ of the alleged state of origin does not seem to matter unless its law is considered to be applicable according to Austrian PIL rules.⁷⁹

52. To our knowledge, the fundamental freedoms of the internal market are not explicitly discussed or referred to by the courts to support ‘status recognition’ outside the context of names (and

⁷⁵ See, for example, OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x.

⁷⁶ § 11 (1) Ordinance of the Minister of the Interior implementing the Civil Registry (*Personenstandsgesetz-Durchführungsverordnung* 2013).

⁷⁷ VfGH 14 December 2011, B 13/11 (surrogacy, USA); 11 October 2012, B 99/12 (surrogacy, Ukraine).

⁷⁸ See, for instance, BMI-VA1300/382-III/4/b/2014, 59.

⁷⁹ See, for instance, VwGH 14 July 2005, 2005/06/0021. Such decisions, however, adhere to application of codified private international law rules.

companies).⁸⁰ In one case, where the applicants – same-sex spouses who wanted to re-marry in Austria – supported their arguments with a reference to EU law (freedom of movement and fundamental rights according to the EU Charter of Fundamental Rights) the VfGH mainly addressed the applicability of EU law in general.⁸¹ However, despite the Dutch nationality of the applicants who had their habitual residence in Austria, it denied the applicability of EU law. (Status) Decisions of the ECtHR are rarely mentioned by the courts and administrative authorities; however, the courts often refer to the human rights of the ECHR and specific articles therein.

53. The recognition (or non-recognition) of a **name** indicated in a foreign certificate (of birth) occurs when Austrian public authorities make entries in Austrian registers or issue documents. These procedures are carried out by the competent administrative authority acting in accordance with the relevant administrative procedural rules which is most often the General Administrative Law Act (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*). Recognition or non-recognition by Austrian public authorities takes place by way of an administrative order (*Bescheid*), which is subject to judicial review pursued by administrative courts (meeting the requirements of Article 6 ECHR). Typically, §§ 9 and 13 IPRG, which indicate the law of the nationality of the name bearer as applicable, would be applied. If this law does not correspond to the foreign (name) status, an obligation to recognise (the name) nevertheless and to allow its use in Austria is deducted from EU law.

54. In the ‘**US surrogacy case**’, it remains unclear whether status recognition is actually effected through recognition by judgment (despite non-violation of the *ordre public*, the US judgment might have suffered from the lack of mirrored jurisdiction (*‘österreichische Jurisdiktionsformel’*) of the US court according to the Austrian rules, which is a recognition requirement⁸²), through application of the PIL rules or through mere acceptance. In its explanation, the VfGH addressed, on the one hand, both arguments of the lower instance: namely, the application of Austrian substantive law based on Austrian PIL rules and *renvoi* as well as the non-recognition of the US court decision. It considered both arguments unconvincing and stated that (1) the US Uniform Status of Children of Assisted Conception Act contained overriding mandatory provisions and had to be applied irrespective of the otherwise applicable law and that (2) the recognition of the US court decision did not violate the Austrian *ordre public*. This reasoning suggests that the recognition of the motherhood of the Austrian genetic and intended mother should be based on the recognition of a judgment (2) or recognition by PIL rules (1). On the other hand, the VfGH did not explicitly discuss the methodology employed and both, recognition of a decision and recognition by PIL, cannot be applicable at the same time. Furthermore, the qualification of the relevant rules of US law, in particular as regards the question of filiation/parentage, as overriding mandatory provisions and the possibility to recognise the US decision has been disputed in the literature.⁸³ Finally, one has to keep in mind that the VfGH is a Constitutional court whose judges are no experts in civil law or private international law, so that the methodological soundness of the decision is not self-evident. In any case, it is doubtful that the VfGH wanted to apply a ‘new’ method, namely the acceptance of legal facts regarding foreign surrogacies.

55. In effect, in the ‘**Ukraine surrogacy case**’, the VfGH required the Austrian authorities to recognise the parentage of the children as determined by their Ukrainian birth certificates. This judgment might be an example of recognition by acceptance. However, some arguments of the VfGH seem

⁸⁰ A debate about the recognition of proprietary rights in movables acquired abroad started after the decision of the OGH 23 January 2019, 3 Ob 249/18s, *IPRax*, 2019, p. 548 (LURGER); HEINDLER, “Die Faustpfandpublizität im IPR”, *Österreichisches Bank Archiv (ÖBA)*, 2020, p. 395, at 401 *et seq*; most recently: LINDENBAUER, “Die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Mobiliarsicherheiten im Lichte der Europäischen Grundfreiheiten”, *Austrian Law Journal (ALJ)*, 2021, p. 24 *et seq*.

⁸¹ VfGH 12 March 2014, B 2016; see also VwGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018. Note: This case took place before the *Coman* judgment of the ECJ.

⁸² See *supra* mn. 13.

⁸³ See *supra* and LURGER, “Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot”, *IPRax*, 2013, at p. 285 *et seq*.

to suggest a recognition of the Ukrainian birth certificates of the twins. In accordance with the accepted methodology, however, birth certificates cannot be ‘recognised’ as regards the status contained therein; Austrian authorities are only required to recognise the authenticity of the document (see also *infra* at mn. 68). Thus, it is more likely that the VfGH wanted the competent authority to recognise the legal status which is put down in the birth certificates, namely the legal parentage of the Austrian intended parents. Furthermore, the application of the PIL rules – namely § 21 IPRG – would have led to the application of Austrian law, according to which the mother of a child is the woman who gave birth to it, thus qualifying the Ukrainian birthmother as the legal mother rather than the Austrian intended mother. In our opinion, a correct application of Austrian rules on the recognition of decisions and by PIL would have prevented recognition. The fact that the VfGH required ‘recognition’ (i.e. Austrian citizenship for the children) nevertheless suggests recognition by acceptance, however, one needs to keep in mind that the VfGH was not aware of the legal deficits of its argumentation. Hence, recognition by acceptance might have been the only way to ascertain recognition methodologically, but the VfGH did not (explicitly) use this method. Furthermore, lower instance courts⁸⁴ (and apparently also the Ministry of Justice⁸⁵) seem to interpret the Ukraine surrogacy case methodologically as ‘recognition by judgment’. As mentioned before, the term judgment is understood broadly by Austrian courts and the recognition of (the status contained in) a birth certificate which was established by a public authority (e.g. civil registry) abides by the rules on procedural recognition (of judgments). Following this opinion, which seems to be settled court practice, there is no room for acceptance as a (third) method.

5. The Role of Public Policy and Human Rights

56. Irrespective the method of recognition, public policy and human rights may be invoked in this context.⁸⁶ Whereas public policy is used by the various authorities as a two-way argument (i.e. to reject recognition and to encourage recognition), human rights (especially Article 8 ECHR) are always invoked to enable recognition.

57. Traditionally, a **violation of public policy** (*ordre public*) is a reason not to recognise a foreign status. In several cases, recognition (by PIL) was refused because the groom was not present at the (necessary) registration of the religious marriage in the civil registry and the marriage came into being as a marriage by representative/substitute.⁸⁷ Recognition by PIL would have been refused by the VfGH if Thai law had not allowed the marriage of a person who effectively changed its gender.⁸⁸ In other cases, the OGH declared that a divorce by *talaq* violates the Austrian public policy and that such a decision cannot be recognised.⁸⁹ In one case, the recognition of the marriage ‘as concluded at a certain date’ was refused, because the applicable law provided for the retroactive validity of a marriage from the date it was celebrated by a religious ceremony once it was registered by public authorities (e.g. religious ma-

⁸⁴ See *supra* mn. 13.

⁸⁵ See Reply to a Parliamentary Inquiry (question 4) from 10 March 2020 (573/AB vom 10.3.2020 zu 547/J (XXVII. GP)).

⁸⁶ However, there are different public policy rules: § 6 IPRG regarding recognition by PIL and §§ 91a (2) and 97 (2) AußStrG regarding the recognition of foreign judgments/decisions.

⁸⁷ See, for example, BVwG 30 May 2018, W165 2178103-1/3E (Syrian marriage; groom was not present); BVwG 29 May 2018, W212 2184938-1/5E (Syrian marriage, groom was not present); contrary to the findings of the court, academic literature distinguishes between two situations: (i) marriages where a third party merely acts as a proxy for the groom/bride (*Handschuhehe*) should not trigger the public policy clause (see VERSCHRAEGEN, in RUMMEL, ABGB, 3rd ed., Vienna, MANZ Verlag, 2004, § 16 mn. 4; SCHWIND, *Internationales Privatrecht*, Vienna, MANZ Verlag, 1990, p. 118 *et seq*; NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 49); (ii) if a representative is conferred the power to decide on the marriage, however, the public policy clause can be invoked (see VERSCHRAEGEN, in RUMMEL, ABGB, 3rd ed., Vienna, MANZ Verlag, 2004, § 16 mn. 4; NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 42).

⁸⁸ VfGH 3 September 1997, 95/01/0061.

⁸⁹ OGH 31 August 2006, 6 Ob 189/06x; 28 June 2007, 3 Ob 130/07z; 7 February 2008, 7 Ob 10/08h; 13 October 2011, 6 Ob 69/11g; 20 October 2011, 2 Ob 81/11t; cf. on the decisions HEINDLER, “The Austrian Public Policy Clause and Islamic Family Law”, *ELTE Law Journal*, 2016/2, p. 167, at 174 *et seq*.

riage in June 2014 and registration in June 2016: marriage is valid under foreign law from June 2014; in Austria, its validity is only ‘recognised’ from June 2016 onwards).⁹⁰

58. In cases regarding nobility titles in names, Austrian courts apply the Law on the Abolition of the Nobility of 1919.⁹¹ The recognition of names acquired abroad may be refused in this regard as the abolition of nobility and the prohibition of titles of nobility form part of the Austrian *ordre public*.

59. Interestingly, recognition of a foreign decision or by PIL rules (respectively) was refused by the administrative authorities in the two surrogacy cases due to the fact that surrogacy was considered to violate the Austrian *ordre public*; the VfGH – as the higher authority – later clarified, that this is not the case (i.e. prohibition of surrogacy is a mandatory rule, but is not part of the fundamental values of the Austrian state and society and thus cannot prevent the application of foreign law, at least after the child was born).⁹²

60. A party agreement or consent of both parties may not ‘rehabilitate’ a violation of the Austrian *ordre public* (e.g. *talaq* divorces may not be recognised just because⁹³ both parties consent⁹⁴) unless the wife has given her consent right from the beginning of the *talaq* divorce.⁹⁵

61. As regards the role of **human rights**, Article 8 ECHR was mentioned by the VfGH in the ‘Ukraine surrogacy case’, because its protection covers the right of a child to a certain citizenship as derived from its parents.

6. Reception, Transformation and Effects

62. As regards the classification and effects of a foreign status in Austria, reception⁹⁶ and transformation/transposition⁹⁷ can be distinguished. In general, status **reception seems to be the standard** in Austria. However, many foreign status exist in Austrian substantive law in a similar form (e.g. adoption, parentage/filiation, marriage etc), so this tendency should not be surprising. Nevertheless, Austrian law does not technically limit ‘recognition’ to relationships or status that exist in Austria. Austrian courts characterise the situation related to the foreign status in accordance with the available PIL rules and apply the relevant connecting factor. This may lead to the application of a law other than that of the origin or registration of the status. If the status is unknown to the applicable law, courts may reconcile differences.⁹⁸ The readiness to adapt and to reconcile usually requires that the situation is closely linked to the law of the registration/origin of the status. The fact that in the surrogacy cases a close relationship was not needed does not mean that such a relation will never be required.

⁹⁰ BVwG 3 January 2018, W144 2163719-1/2E.

⁹¹ See, for instance, VfGH 27 November 2003, B 557/03.

⁹² VfGH 11 October 2012, B 99/12 ua (surrogacy, Ukraine).

⁹³ However, in situations where both parties consent a divorce might have been possible also according to substantive Austrian law; thus, the Austrian *ordre public* would not impede the recognition of *talaq* divorces in such situations.

⁹⁴ See OGH 28 June 2007, 3 Ob 130/07z and OGH 7 February 2008, 7 Ob 10/08h.

⁹⁵ OGH 27 November 2019, 6 Ob 115/19h, *EF-Z*, 2020, p. 138 (NADEMLEINSKY); see with further references: GITSCHTHALER, ‘Das Zusammenspiel von IZVR und IPR im Familienrecht’, in HEINDLER, *Festschrift 40 Jahre IPRG*, Vienna, Jan Sramek Verlag, 2020, p. 249, at 269.

⁹⁶ Reception means that the same status as abroad is recognised, e.g. same-sex couples who are legally considered to be married in the state of origin are recognised as married in the recognising state, notwithstanding whether the conditions of the *lex causae* or the *lex fori* are complied with.

⁹⁷ Transformation or transposition means that the domestic equivalent of the foreign status is applied, e.g. same-sex marriage is considered as a registered partnership for domestic purposes.

⁹⁸ See OGH 25 March 2014, 10 ObS 16/14x (recognition of a Jewish marriage); VwGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018 (*obiter*, as part of an accepted statement of the lower instances).

63. The only known case of **transformation/transposition** concerns same-sex marriages before the opening of the institute of marriage to same-sex couples in Austria in 2019. Until this date, same-sex marriages have been recognised as ‘registered partnerships’ in Austria (and were only authenticated as such in Austria by entry into the civil registry).⁹⁹

64. As regards questions of parentage, the foreign status, namely motherhood or fatherhood, is recognised as such (i.e. no transformation). However, there is not yet a case regarding the recognition of a co-mother as mother or a co-father as father rather than as ‘parent’.¹⁰⁰

65. Furthermore, one has to keep in mind that there are different PIL rules (connecting factors) regarding a status and its **effects**. Therefore, the effects of a status might not be the same in Austria as they are in the state of origin for reasons of the law applicable. For example, the validity of a marriage is determined by the law of the country of which the fiancés are nationals (material validity) and *lex loci celebrationis* (formal validity) whereas the effects of the marriage are determined by the law of the (last) common nationality or of the (last) common habitual residence (§ 18 IPRG).

66. Status decisions recognised in Austria have the same legal effects as in the state of origin (extension of effects [‘*Wirkungserstreckung*’]).¹⁰¹

7. Renewal of Status

67. Independent from the three options of recognition, a status may be established ‘anew’ if the validity (existence) of a certain status that has been acquired abroad is unsure. For example, if the spouses are unsure whether their marriage is also valid with regard to Austrian law, they may marry (each other) again in Austria. However, it is not possible to ‘renew’ the status decision if such a status does not exist in Austria. For example, it was not possible for same-sex spouses to renew their marriage in Austria, as same-sex partners (irrespective of their nationality) could not marry according to Austrian law.¹⁰² As of 2019, same-sex marriages are allowed (and a renewal of a married status acquired abroad before 2019 in accordance with Austrian law is possible¹⁰³).

IV. Registration of a ‘Foreign’ Status

68. Courts usually recognise the legal situation/status in substance – either via recognition of a decision or by application of the Austrian PIL rules or, exceptionally, by mere acceptance; it is not the document (e.g. judgment, birth certificate) that is ‘recognised’ (as authentic). Documents (decisions, copies of registries; excluding judicial decisions) are usually (only) means of documentation/evidence, although their authenticity can be recognised independently from the recognition of their content (*negotium*).

69. Furthermore, the validity/existence of a foreign status for the purposes of Austrian law is (technically) independent from its registration (in Austria). However, if an Austrian national is involved, the registration (usually) ‘proves’ a certain status, whereas a lack of registration ‘suggests’ that a status is not ‘recognised’ in Austria. The registration thus has a special evidentiary effect: it is presumed that the status documented by the registration reflects the true underlying legal and actual situation. Therefore,

⁹⁹ VwGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018 (*obiter*, as part of an accepted statement of the lower instances); LURGER/MELCHER, *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2nd ed., Vienna, Verlag Österreich, 2021, mn. 2/53; MELCHER, “Das neue österreichische Partnerschaftskollisionsrecht”, *IPRax*, 2012, p. 82, at 84.

¹⁰⁰ Critically NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 160.

¹⁰¹ NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 28.

¹⁰² See VfGH 12 March 2014, B 166/2013; VwGH, 29 October 2014, 2013/01/002.

¹⁰³ See AICHHORN, “Diskriminierungsfreie Kollisionsnorm für gleichgeschlechtliche Ehen in Österreich”, *EF-Z*, 2019, p. 258.

a certified copy of the status registration has a high value of proof. Nevertheless, once a status has been registered, changes may still occur and the underlying status may still be questioned. For example, in the ‘US surrogacy case’, the genetic and intended parents of the children were registered as parents in the birth certificate and the personal status registry for several years, before the question of parentage (and nationality of the children) came up in the context of a request for family allowance.¹⁰⁴

70. A status that is acquired abroad has to be certified in Austria (‘Nachbeurkundung’) by entry into the Austrian civil registry if an Austrian national (or a stateless person/person with uncertain nationality and habitual residence in Austria or a Convention refugee with domicile or habitual residence in Austria) is involved (e.g. as a spouse or partner; § 35 (2) PStG). In the past¹⁰⁵, also a legal interest in such a certification had to be demonstrated (usually, if the status in question is not entered into a registry in the state of origin or is not certified/registered in a comparable way, e.g. limited content).¹⁰⁶ If a formal entry into the Austrian registry takes place, it must be in accordance with the Austrian rules; only a status that exists in Austrian law (and is covered by the term used in the Austrian personal statute law) may be (re-)registered.¹⁰⁷

V. Awareness in Academia and Politics

1. Literature on Recognition

71. In Austria, the academic awareness of the issue of recognition as a challenge for a personal status acquired abroad and of recognition by acceptance as a distinct method is relatively high, although the number of Austrian contributions in form of journal articles is comparatively low – probably due to the limited number of researchers in PIL in Austria. Besides recognition of decisions and recognition by PIL, all **major textbooks on PIL** deal with the question of recognition by acceptance. *Verschraegen*¹⁰⁸ explains the ECJ case law on names and companies and *Eggmeier-Schmolke*¹⁰⁹ mentions the ECJ case law on names, while *Nademleinsky*¹¹⁰, *Nademleinsky/Neumayr*¹¹¹ and *Lurger/Melcher*¹¹² also elaborate on other aspects of ‘status recognition’, namely the impact of the ECJ (and ECtHR) cases on other status related questions and information about recognition as an alternative method to recognition by PIL.

72. Aside from a couple of publications by Austrian authors in **Austrian, German and international journals** that deal with status recognition more comprehensively and also address methodological questions,¹¹³ often, publications in Austrian journals deal with specific aspects of recognition (e.g.

¹⁰⁴ VfGH 14 December 2011, B13/11 (surrogacy, USA).

¹⁰⁵ Federal Law from 19 January 1983 on civil status matters (Gesetz über die Regelung der Personenstandsangelegenheiten, PStG 1983), § 2 (2).

¹⁰⁶ VfGH 23 September 2014, 2012/01/005 (refusal to register a same-sex partnership as registered in Germany on 20 August 2008, due to a lack of legal interest; decision was based on then-§ 2 (2) PStG 1983).

¹⁰⁷ VfGH 6 July 2016, Ro 2014/01/0018 (refusal to register a same-sex marriage of Austrian nationals that has been established in the Netherlands as marriage; according to the Austrian civil status law at the time, the term marriage refers to a contract between two persons of a different gender; note: on 1 January 2019 marriage was opened for same-sex couples, hence foreign same-sex marriages may not be refused registration as marriage anymore).

¹⁰⁸ VERSCHRAEGEN, *Internationales Privatrecht*, Vienna, MANZ Verlag, 2012, p. 6 *et seq.*

¹⁰⁹ EGGLEMEIER SCHMOLKE, *Internationales Privatrecht*, 2nd ed., Vienna, NWV, 2016, p. 53.

¹¹⁰ NADEMLEINSKY, *Internationales Scheidungs-, Ehe- und Güterrecht*, Vienna, MANZ Verlag, 2019.

¹¹¹ NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 31 *et seq.*

¹¹² LURGER/MELCHER, *Handbuch Internationales Privatrecht*, 2nd ed., Vienna, Verlag Österreich, 2021, p. 59 *et seq.*, 442 *et seq.*; LURGER/MELCHER, *Internationales Privatrecht*, 3rd ed., Vienna, Verlag Österreich, 2020, p. 47.

¹¹³ LURGER, “Zukunftsperspektiven für das europäische Familien- und Erbrecht”, in BÄCK, *Familien- und Erbrecht. Europas Perspektiven*, Vienna, MANZ Verlag, 2007, p. 53; LURGER, “Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht”, *EF-Z*, 2008, p. 126; MELCHER, “Mutual Recognition of Registered Partnerships via EU Private International Law”, *Journal of Personal Injury Law (JPIL)*, 2013, p. 149; MELCHER, “Private International Law and Registered Partnerships: an EU Perspective”, *ERPL*, 2012, p. 1075; MÜLLER/SCHREINER, “Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht”, *migraLex Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht (migraLex)*, 2018, p. 62 (part I).

reception of ECJ decisions on the recognition of names¹¹⁴, gender transition¹¹⁵) and often focus either on ‘recognition of decisions’ or ‘recognition by PIL’ in specific areas. All developments of the ECJ case law on names (e.g. more recent decisions such as *Bogendorff von Wolffersdorff* or *Sayn-Wittgenstein*) are described and discussed in the literature.¹¹⁶ Moreover, ECtHR decisions are also explained and discussed to some extent in the academic literature. In general, academia (but also legal practitioners and the courts) are well acquainted with the relevant case law of the ECJ, the ECtHR and recent developments. In particular, ECJ case law on names and ECtHR case law are mentioned to support the (automatic) recognition of a foreign status as such. Usually, the simplicity and straightforwardness of such an ‘acceptance’ are mentioned favourably, whereas the risk of system disruption and the functioning of the current system (recognition of decisions and by PIL) are cited as arguments against recognition by acceptance. Lately, the discussion on recognition of foreign status decisions or a status established abroad without a decision was revived in the context of surrogacy¹¹⁷ and migration¹¹⁸. Recent literature proposes recognition as a method in the field of capacity with regard to living wills.¹¹⁹

73. German (and Swiss) literature on questions of recognition (including recognition by acceptance), especially regarding the reception of the ECJ and ECtHR case law, is also widely read and used as a source of information in Austria.

2. Political and Legislative Awareness

74. Apart from a press statement issued by the conservative party aimed at **banning child marriages** concluded abroad (and determining the legal age to marry in Austria to be 18 years),¹²⁰ there is currently no political discussion regarding status recognition in Austria. However, problems arising from limping relationships – i.e. a status that has been established in one state, but is not ‘recognised’ in another state – have been discussed in the context of legislative proposals, e.g. regarding the enactment

¹¹⁴ KRÖLL, “Adelsaufhebungsgesetz und Unionsbürgerschaft oder EuGH und Emotionen“, *ZfRV*, 2010, p. 177; ONDREASOVA, “Namensrecht und das IPRG“, *Zivilrecht aktuell (Zak)*, 2013, p. 367; LUKAN, „Adelsaufhebungsgesetz und ehemalige Adelstitel, die Teil des bürgerlichen Namens sind“, *ZfRV*, 2015, p. 245; WAGNER-REITINGER, “Änderungen im Namensrecht für Ehegatten und Kinder nach dem KindNamRÄG 2013“, *ÖJZ*, 2013, p. 245, 250; NADEMLEINSKY, “casenote“, *EF-Z*, 2009/37, p. 35; HINTEREGGER, “Anerkennung des von einem deutschen Kind nach dänischem Recht erworbenen Doppelnamens durch die deutsche Personenstandsbehörde“, *Zak*, 2009, p. 128.

¹¹⁵ See, for instance, GOTTSCHAMEL, “Die Regelung der Geschlechtsnamen“, *Österreichisches Anwaltsblatt (AnwBl)*, 2015, p. 653, 658 *et seq.*

¹¹⁶ See, for example, OBWEXER, “Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft“, in HERZIG, *Jahrbuch 2017 Europarecht*, Vienna, NWV, 2017, p. 63, 69 *et seq.*; TRSTENJAK, “Europäische Grundrechtecharta – Perspektiven für die vorsorgende Rechtspflege der Notare“, in KOMMENDA, *Menschen.Recht Europäische Grundrechtecharta, Unionsbürgerschaft und Zugang der Bürger zum Recht – 24. Europäische Notarentage 2012*, Vienna, MANZ Verlag, 2013, p. 51, 68 *et seq.*

¹¹⁷ ASPÖCK, “Anerkennung der Leihmutterchaft in Österreich!“, *Zak*, 2013, p. 371; BERNAT, “casenote“, *Recht der Medizin (RdM)*, 2013, p. 38; LURGER, “Das österreichische IPR bei Leihmutterchaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterchaftsverbot“, *IPRax*, 2013, p. 282; HERNDL, “Die Abstammung des Kindes einer Leihmutter und ihre Auswirkungen im internationalen Erbrecht“, *Österreichische Notariatszeitung (NZ)*, 2014, p. 253; ARNOLD, “Fortpflanzungstourismus und Leihmutterchaft im Spiegel des deutschen und österreichischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts“, in ARNOLD/BERNAT/KOPETZKI, *RdM*, p. 38: Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2016, p. 125; KOMUCZKY, “Dogmatische Einordnung von ausländischen Leihmutterchaften in Österreich“, *IPRax*, 2018, p. 282; VERSCHRAEGEN, “Leihmutterchaft“, *iFamZ*, 2019, p. 266.

¹¹⁸ LUKITS, “Mehrehen und Familiennachzug“, *iFamZ*, 2017, p. 261; MÜLLER/SCHREINER, “Die Bedeutung des Kollisionsrechts für das Asylrecht“, *migraLex*, 2018, p. 62 (part I) and *migraLex*, 2019, p. 16 (part II).

¹¹⁹ VERSCHRAEGEN, in RUMMEL/LUKAS, ABGB, 4th ed., Vienna, MANZ Verlag, 2022, Anh. II.1. HESÜ mn. 68 (forthcoming).

¹²⁰ See, for example, <https://www.derstandard.at/story/2000107886832/nr-wahl-oevp-will-eheschliessungen-kuenftig-erst-ab-18-jahren> (in German). For changes in substantive law regarding child marriages see § 106a (Forced Marriage) Austrian Criminal Code as introduced on 13 August 2015 (Federal Law Gazette n°I 2015/112) and § 1 Austrian Marriage Act as amended on 25 April 2017 (Federal Law Gazette n°I 2017/59); see VIENNET/ARONOVITZ/BRUCKMÜLLER/CURRAN/DE DYCKER/FOURNIER/HEINDLER/PRETELLI/WESTERMARK, “Mariage Forcé“, *E-Avis ISDC 2018-13*, 2018, at p. 60 *et seq.*; PASCHER/UTZ-FERNER, “Der Begriff der Familie im Asylverfahren und die Frage der Anerkennung von (Kinder-)Ehen“, *ZfRV*, 2021, p. 163 at 167.

of the IPRG in 1978 in view of marriage,¹²¹ regarding the adoption of an adult,¹²² and in the recent past regarding a registered partnership which was introduced as a concept in 2012. The applicability of the *lex loci registrationis* was chosen in § 27a IPRG in order to avoid limping relationships and to ensure the recognition of such partnerships once they have been established in accordance with the law of the place of registration.¹²³ Most recently, § 17 (1a) IPRG has been introduced which also addresses hindrances due to limping relationships and status recognition.¹²⁴

75. The **EU Regulation 2016/1191** on the circulation of public documents was actively discussed in Austrian academic literature;¹²⁵ a few legislative amendments have been enacted, e.g. regarding central authorities pursuant to Article 16 of the Regulation.

3. Recognition as a Topic in Legal Education

76. In legal education, recognition as an independent topic beyond the recognition of judgments and application of PIL rules hardly ever plays a role in mandatory classes (e.g. PIL lecture at the University of Graz [acceptance as a concept is discussed regarding companies and names and status]). In some elective subjects, the concept of recognition (regarding companies, names and other status relationships) is discussed in some depth at the University of Graz (e.g. in a course on ‘Europäisches Privatrecht’ [European Private Law]). To our knowledge, the concept of recognition by acceptance is not addressed explicitly in the education and advanced training of judges, but the relevant ECJ decisions are generally discussed. Unfortunately, we could not gather reliable information regarding officials at civil status authorities.

Table of Abbreviations:

ABGB	=	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Civil Code)
AußStrG	=	<i>Außerstreitgesetz</i> (Non-contentious Proceedings Act)
BG	=	<i>Bezirksgericht</i> (District Court; first instance)
BMJ	=	<i>Bundesministerium für Justiz</i> (Federal Ministry of Justice)
BVwG	=	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Austrian Federal Administrative Court)
ECHR	=	European Convention of Human Rights
ECJ	=	European Court of Justice
ECtHR	=	European Court of Human Rights
EF-Z	=	<i>Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht</i> (Journal of Marriage and Family Law)
iFamZ	=	<i>Zeitschrift für interdisziplinäres Familienrecht</i> (Journal of Interdisciplinary Family Law)
IPRG	=	<i>Internationales Privatrechtsgesetz</i> (Austrian Act on Private International Law)
LG	=	<i>Landesgericht</i> (Regional Court; first or second instance)
LVwG	=	<i>Landesverwaltungsgericht</i> (Regional Administrative Court)
NAG	=	<i>Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz</i> (Settlement and Residence Act)
OGH	=	<i>Oberster Gerichtshof</i> (Austrian Supreme Court of Justice; third instance)
OLG	=	<i>Oberlandesgericht</i> (Higher Regional Court; second instance)

¹²¹ Parliamentary Explanations, n°784, 14th legislative period, 29 [= EB RV 784 BlgNR 14. GP, 29].

¹²² Parliamentary Explanations, n°471, 22nd legislative period, 34 [= EB RV 471 BlgNR 22. GP, 34].

¹²³ See, for example, Parliamentary Explanations, n°485, 24th legislative period, 18 [= EB RV 485 BlgNR 24. GP, 18].

¹²⁴ For details, see mn. 20 *supra*.

¹²⁵ RECHBERGER, “Die Europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege?”, in RECHBERGER, *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein* – 21. Europäische Notarentage 2009, Vienna, MANZ Verlag, 2010, p. 5; other literature is mostly descriptive: e.g. REITHOFER, “EU-Urkundenverordnung – Neuerungen im Personenstandswesen”, *Österreichisches Staatsarchiv (ÖStA)*, 2016, p. 155; NADEMLEINSKY/NEUMAYR, *Internationales Familienrecht*, 2nd ed., Vienna, Facultas, 2017, p. 38.

PStG	=	<i>Personenstandsgesetz</i> (Austrian Act on Civil Status Matters)
StbG	=	<i>Staatsbürgerschaftsgesetz</i> (Citizenship Act)
TFEU	=	Treaty on the Functioning of the European Union
VfGH	=	<i>Verfassungsgerichtshof</i> (Austrian Constitutional Court)
VwGH	=	<i>Verwaltungsgerichtshof</i> (Austrian Higher Administrative Court)
ZfRV	=	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i> (Journal of Comparative Law)
ZPO	=	<i>Zivilprozessordnung</i> (Civil Procedure Code)

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: FRANCE*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO : FRANCIA

MARION HO-DAC

Professor of Private Law at Artois University (France)

ORCID ID: 0000-0003-0024-8826

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6745>

Abstract: In the French legal system, recognition of status is a classic issue that attracts diverse responses, depending on the circumstances, from procedural recognition of judgement to conflict of laws and conflict of authorities. In the light of this classic scheme, many foreign statuses are recognised in France without any difficulties, provided that they were legally obtained abroad. However, many obstacles to recognition remains and the current changing legal context in favour of a new subjective right of free movement including the status of persons, has been provoking active academic discussions among French scholars and unprecedented judicial developments. For these reasons, it is important to rethink globally the issue of recognition of status in a broad perspective within the French legal order.

Keywords: recognition of status – procedural recognition – conflict of laws – method of recognition – transcription of public documents

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado francés cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Francia.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado francés.

Summary: I. Introduction II. French classic approach to recognition of status 1. Conflict of jurisdictions concerning cross-border movement of status A) Impact of procedural recognition on recognition of status B) Limits to recognition of status under procedural recognition 2. Conflict of authorities concerning cross-border movement of status A) Impact of conflict of authorities on

*El This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “*La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne*” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL / M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge for National Laws at *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 1, 2022.

The preparation of this report has been supported by the European Centre for the Humanities and Social Sciences (MESHS-Lille, France) and by the French Ministry of Higher Education, Research and Innovation.

recognition of status B) Limits to recognition of status under conflict of authorities C) Articulation between recognition of status and registration within conflict of authorities 3. Conflict of laws concerning cross-border movement of status A) Impact of conflict of laws on recognition of status B) Limits to recognition of status under conflict of laws C) Adaptation in case of difficulties in identifying the effects of foreign status III. French reaction to the liberalization of recognition of status 1. Reactions among French academia A) Background information on the French legal doctrine in the field of recognition of status B) French PIL textbooks in the field of recognition of status C) Doctrinal research on “unnamed” rules of recognition in traditional French PIL 2. Reactions in French law A) No explicit rule of recognition (example of same-sex marriage) B) Recent rule favouring recognition of status (example of partnerships) C) Recent rule having the effects of a rule of status recognition (example of family name) 3. Reactions in French judicial practice A) In the field of procedural recognition (example of older minors’ adoption) B) In the field of conflict of authorities (examples of surrogacy and co-motherhood).

I. Introduction

1. In the past thirty years, an intensification of cross-border flows of individuals worldwide, and notably within the European Union (EU), could be observed, raising important legal issues.¹ The legal treatment of these international situations or relationships concerning private persons is one of them.² Private international law (PIL) traditionally provides for diverse methods of coordination between national legal orders in such circumstances.³ Following this technical background, a political consensus exists to ensure continuity of personal status through national borders, as “limping” status relations create legal uncertainty and administrative difficulties for individuals and families. However, depending on the political objectives followed by the *forum*, the legal treatment of similar cross-border situations may vary, as national legal systems are diverse, in particular in family matters. Nevertheless, the recent increase of individual freedom and fundamental rights has led to a limitation of the national margin of appreciation, even regarding public policy. It is particularly the case within the EU on the basis of the principle of free movement as interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU)⁴ and, more broadly, in Europe on the basis of the caselaw of the European Court of Human Rights (ECtHR)⁵. In this context, a debate on the methodological approach for the legal treatment of cross-border mobility of persons in Europe has arisen, commonly associated with the issue of recognition of status⁶ in favour of natural persons.⁷ While EU law has not yet endorsed explicit rules of recognition of status in a legisla-

¹ For instance, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, J. VERHELLEN (COORD.), *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, PE 583.157, June 2017.

² Cf. H. FULCHIRON (ed.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019.

³ The traditional approach, at least in continental law, is the implementation of private international law methods with the aim of coordinating national legal orders in favour of the private person’s interests. See H. BATIFFOL, « Réflexions sur la coordination des systèmes juridiques nationaux », *RCADI*, 1967-1, t. 120, p. 165-190 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2007, t. 327 ; P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1999, t. 276. 2007, t. 327.

⁴ CJEU, 5 June 2018, *Coman*, Case C-673/16, EU:C:2018:385; CJEU, 14 December 2021, *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, Case C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

⁵ ECtHR, 26 June 2014, *Mennenson v. France*, req. n° 65192/211 and *Labassée v. France*, req. n° 65941/11.

⁶ For a general presentation of the discussion, D. COESTER-WALTJEN, “Recognition of legal situations evidenced by documents”, in J. BASEDOW, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, G. RÜHL (eds.), *European Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1495.

⁷ The issue of recognition also affects legal persons, *i.e.* companies, that move within the internal market of the EU. See recently CJEU, 25 October 2017, *Polbud*, Case C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 and the company law package: <https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en>. On that topic in the French doctrine, see in particular TH. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l’espace régional européen*, PUAM, 2009 ; M. MENUJCO, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, Précis Domat, LGDJ, 5^e ed, 2018 (chapters relating to EU company law with a comparison with the French classic approach); C. MOGAVERO, *La contribution de l’ordre juridique communautaire à la définition du siège social en droit international privé des sociétés*, thèse Lyon 3, 2011.

tive act,⁸ some national lawmakers⁹ and international institutions¹⁰ have. It seems, therefore, of particular interest to undertake comparative law research and analyse national reactions and practice regarding this new trend of liberalisation of recognition of status in Europe. The French position on recognition of status is outlined below.

2. For the purpose of the comparative study, the terms status and recognition are understood broadly¹¹. Status refers to the position of the person in a legal order, defined by family law and the law of persons.¹² It is composed of permanent personal characters legally determined, including the name and gender of a person, legal capacity and family relations such as parentage (filiation, adoption, surrogacy), marriage, divorce, and conclusion and dissolution of formalised partnerships. This broad conception is followed in France as a connecting category for personal status.¹³ As concerns recognition, it is of a polysemous nature. Here it will be understood as the “receipt” by a legal system of a personal status characteristic that has been legally acquired abroad, *i.e.* in accordance with the law of another state (if relevant, including its conflict of laws). The term is therefore not limited here to one specific PIL methodology – the recognition method – usually described as competing and excluding conflict-of-law rules.¹⁴

3. In the French legal system, recognition of status is a classic issue that attracts diverse responses, depending on the circumstances. Traditionally, French PIL draws a distinction between three main ways of reasoning¹⁵ when recognition of status is at stake.¹⁶ Firstly, in the case of a foreign judicial decision imposing a legal situation, procedural recognition is applied by French court. Secondly, concerning a foreign situation without any judicial intervention, a conflict-of-laws approach applies. The question is not to recognise, in a strict sense, a legal fact that has not been made concrete by the application of a rule of law, but to assess its validity, in the host legal order, pursuant to the applicable law. Thirdly, and in between, acceptance of a foreign public document, separate from a judicial decision, may be requested. This issue is part of the conflicts of authorities. The public document is to be taken as an *instrumentum* delivered by a foreign public authority following the *lex auctoris originis*. With respect to the situation within the public document, called *negotium*, its validity is in principle still submitted to conflict of laws in case of dispute.

4. In the light of this classic scheme, many foreign statuses are recognised in France without any difficulties, provided that they were legally obtained abroad. The main obstacles to recognition in France, as in other states, are well known. First, in a comprehensive way, there is a place for a fraud

⁸ Comp. regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) n° 1024/2012, OJ L 200, 26.7.2016, p. 1–136 (limited to the circulation of documents).

⁹ See, for instance, Articles 45 (marriage celebrated abroad) and 73 (foreign acknowledgement and contest of acknowledgement of a child) in Switzerland’s Federal Code on PIL; see also article 2 (recognition of foreign partnerships) of the Dutch Law of 6 July 2004 on conflict of laws in the field of partnerships. See also examples given by G. P. ROMANO, in “La bilatéralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 457-519, mn 19 et seq.

¹⁰ See in particular Article 9 of the Hague Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages (not in force in France).

¹¹ S. GÖSSL / M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws, *op. cit.*, mn 4.

¹² On that sense, see A. DUTTA, “Personal status”, in J. BASEDOW, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, G. RÜHL (eds.), *European Encyclopedia of Private International Law*, *op. cit.*, p. 1346.

¹³ See B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 8^e ed. 2018, n° 198.

¹⁴ Among numerous academic references, see M. LEHMANN, “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, in *General Principles of European Private International Law*, S. LEIBLE (ed.), Kluwer Law International, 2016, p. 11.

¹⁵ See in that sense the Contents (divided in three parts), in D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, Paris, PUF, 4^e ed., 2017 (Titre 1 Conflits de juridictions, Titre 2 Conflits de lois, Titre 3 Conflits d’autorités).

¹⁶ P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547-573. Comp. S. GÖSSL/M. MELCHER, Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU, *op. cit.*, mn 5.

exception¹⁷ as for a public policy exception.¹⁸ Secondly, specifically related to conflict of laws, the divergence between national PIL systems may lead, in the host country of a foreign status (France, for instance), to a clash between the law applied pursuant to the conflict-of-laws system of the country of origin and the applicable law pursuant to the French conflict-of-laws rules. Such a clash blocks recognition (in a wide sense), as the situation created abroad cannot be similarly created in France.¹⁹ However, the current changing legal context described above, in favour of a new subjective right of free movement including the status of persons, has provoked active academic discussions among French scholars and unprecedented judicial developments. For these reasons, it is important to rethink globally the issue of recognition of status in a broad perspective within the French legal order.

5. The French classic approach to recognition of status is outlined below in the light of PIL methodology (*II*), and then the French reaction to the new trend of recognition of status in the EU, underlying most recent evolutions under the influence of European law and caselaw, is described (*III*).

II. French classic approach to recognition of status

6. In French PIL, recognition of status is ensured following different reasonings based on a key distinction between legal provisions and rulings.²⁰ This distinction has been structuring the contemporary French PIL methodologies for nearly 50 years. Depending on the presence of a legal provision (to be applied) or of a judgment (to be issued), a different reasoning applies: conflict of laws for the former, conflict of jurisdictions for the latter, while, in between, a third reasoning may be followed for public document (to be issued by a national authority), conflict of authorities.²¹ In the specific context of recognition of status, this methodological trilogy is applied according to the source of the foreign status at stake: a legal situation, a judicial decision (or an equivalent act) or a public document. The study of these three possibilities for a civil status to circulate internationally, in relation to the relevant French PIL methods, allows us to state that French PIL developed, over a long period, different legal tools that promote cross-border free movement of status, even if some restrictions remain.

7. A short presentation of each field and its methodology will now be put forward, putting an emphasis on their strengths and weaknesses in relation to the increasing need to recognise status within the EU.

1. Conflict of jurisdictions concerning cross-border movement of status

A) Impact of procedural recognition on recognition of status

8. The term recognition, traditionally used in the field of conflict of jurisdictions, describes a legal way to accept foreign judgments²² in the *forum* addressed.²³ It is sometimes referred to as a pro-

¹⁷ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^e ed., 2006, n° 6, Case *Princesse de Bauffremont*.

¹⁸ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 19, Lautour.

¹⁹ See B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n° 328 et seq.

²⁰ P. MAYER, *La distinction entre règle et décision et le droit international privé*, Dalloz, 1973. See also, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit.

²¹ See, in particular, P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 146 et seq. (conflict of laws), n° 285 et seq. (conflict of jurisdictions) and n° 486 et seq. (conflict of authorities); D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit. n° 323 et seq. (conflict of laws), n° 55-1 et seq. (conflict of jurisdictions) and n° 583 et seq. (conflict of authorities).

²² The term judgment has to be understood broadly, including a decision by competent foreign administrative or religious authorities.

²³ See Articles 509 et seq. of the French Civil Procedure Code.

cedural recognition²⁴ or a traditional recognition.²⁵ However, it is not a uniform technique.²⁶ In a broad sense, it describes the admission of the effects of a foreign judgment in France (*méthode d'efficacité des décisions*). Narrowly defined, it refers to the admission of all types of effects of a foreign judgment in France, apart from those leading to the enforcement of the judgment. A methodological distinction is consequently made between a recognition limited to the *res judicata* of the foreign judgment (*autorité de chose jugée*), including its substantial efficiency,²⁷ and its enforcement (*force exécutoire*) in France.²⁸

9. In terms of legal regime, the (*res judicata* limited) recognition is delivered automatically (*reconnaissance de plano*, as meaning *ipso jure* effect) in the field of personal status.²⁹ Therefore, no judicial proceeding is needed. A judicial examination (similar to an enforcement procedure, i.e. *exequatur*) only takes place if the international validity of the decision is challenged, for instance on the grounds of violation of public policy,³⁰ or if enforcement actions are requested before the French host court. For the purpose of opposability to third parties, a mention or a transcription of the foreign judgment in the French Civil Status Registry (as a divorce or a full adoption by a French national pronounced abroad by a foreign authority) is recommended.³¹ For foreign judgments outside the scope of EU law, a verification procedure (similar to an enforcement procedure) by the Public Prosecutor is generally required, before the intervention of the Registry officer.

10. By comparison, the enforcement of foreign judgments requires an enforcement proceeding (*exequatur*) in order for the judgement and the possible status contained in it to be recognised. Pursuant to article 509 of the French Civil Procedure Code, judgments given by foreign courts and public documents issued by foreign public officers are enforceable in France as provided by French law. In practice, this procedure is also used for personal status decisions (mentioned above) in order to secure the legal situation and facilitate its implementation in the French legal order, or to obtain specific effects. For instance, a foreign judgment of adoption is recognised automatically (*reconnaissance de plano*) in France,³² but an enforcement procedure is necessary to confer French nationality on the adopted child.³³ The modern regime of such enforcement procedure – outside the scope of EU PIL and international treaties concluded by France – arises from the 2007 *Cornelissen* Case.³⁴ Three conditions are requested and implemented by the French court addressed: verification of the indirect competence of the foreign

²⁴ K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht – Perspektiven eines europäischen Anerkennungs-kollisionsrechts für Statusfragen*, Mohr Siebeck, 2009, p. 36.

²⁵ S. GÖSSL/M. MELCHER, *Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU*, *op. cit.*, mn 8 et seq.

²⁶ “Reconnaissance des jugements”, in G. CORNU (eds.), *Vocabulaire juridique Capitant*, Paris, Quadrigé/PUF, 7^e ed., 2005.

²⁷ Substantial efficiency corresponds to the normative content of the foreign judgment and should be distinguished from its probative effect. See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, *op. cit.* n° 247.

²⁸ See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, *op. cit.* n° 246.

²⁹ V. Cass. Civ. 28 Feb. 1860, *Bulkley*, 1869 (*jugement constitutif*) and Cass. Civ. 9 May 1900 *De Wrède* (*jugement déclaratif*). See in B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts du Droit international privé*, Paris, *op. cit.*, n° 4 and n° 10. See also CE, 24 Nov. 2006, n°275527, ECLI:FR:CESSR:2006:275527.20061124, note A. BOICHÉ, *AJ Fam* 2007, p. 225.

³⁰ See, for instance, Civ. 1^{re}, 14 May 2014, n°13-17.124, ECLI:FR:CCASS:2014:C100523 (French divorce validly pronounced by a French court, despite a previous foreign *talaq* judgment mentioned on the margin of the marriage act at the French Civil Status Registry, on the basis of violation of (French) public policy by the foreign judgment, pursuant to Article 5 of the Protocol 7 of the ECvHR on spouses' equality). On that decision, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, *op. cit.* Question (66).

³¹ In practice, indeed, French administration often refuses to give effect *de plano* to foreign judgments and requires judicial recognition by a French judge, contrary to the positive law stated by caselaw since 1860 and confirmed recently by the administrative Supreme Court (*Conseil d'Etat*); see references *supra*.

³² On the effects in France of a foreign adoption, see *infra* on Article 370-5 of the French Civil Code (unilateral conflict of laws), mn 28 and mn 34.

³³ Civ. 1^{re}, 17 June 1980, *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 73, note. P. LAGARDE.

³⁴ Civ. 1^{re}, 20 February 2007, n°05-14082. It may be noted that *revision au fond* is forbidden in France since 1964: Civ. 1^{re}, 7 January 1964, *Munzer*.

judge,³⁵ absence of fraud in law, and absence of violation of public policy (*ordre public international*).³⁶ When these three conditions are met, the foreign judgment is enforceable in France. Conflict-of-laws rules are not involved anymore in that proceeding.³⁷

B) Limits to recognition of status under procedural recognition

11. In the French legal order, the method of procedural recognition has three main limits as concerns the recognition of status. The first brake on recognition of status, already mentioned above, is the potential intervention of a public policy exception or of a fraud exception.³⁸ In the European context,³⁹ such intervention may be contrary to fundamental rights and to the EU freedom of movement.⁴⁰ However, already before the development of European law, the French legal system had developed a “limited” effect of public policy (*effet atténué de l’ordre public international*) in its famous *Rivière* case⁴¹ on recognition of a foreign divorce, at a time of prohibition in France of divorces by mutual consent.⁴² The main idea with this technique is to facilitate the recognition in France of foreign status legally acquired abroad by a judicial decision,⁴³ although the same situation would never be created in France, as prohibited by French domestic law. The technique is based on a classic distinction between creation of rights in France and efficiency of rights (created abroad) in France. The protection of personal status stability and of private interests comes first, in confrontation with French public interest in an international context.

12. Examples in the field of adoption can be given. Although full adoption is restricted in France to *married* couples,⁴⁴ the Versailles Court of Appeal judged in 2014 that French public policy cannot be opposed to the enforcement in France of a foreign adoption by a same-sex non-married couple.⁴⁵ A

³⁵ That means a sufficient proximity between the case and the competent judge abroad, allowing the exclusion of any fraud to jurisdiction. See, in particular, *Simitch* Case: Civ. 1^{re}, 6 February 1985, Bull., I, n° 55: “... le juge étranger doit être reconnu compétent toutes les fois que la règle française de solution des conflits n’attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n’a pas été frauduleux”.

³⁶ On the French regime of *exequatur*, see D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit., n°263-1 et seq.

³⁷ See *infra* mn 56 (methodologic link with recognition of status).

³⁸ For instance, in the field of adoption by same-sex parents (before the French law of 2013 opening same-sex marriage and adoption for same-sex spouses), see Civ. 1^{re}, 7 June 2012, n° 11-30.261, *AJ fam.*, 2012, p. 397, note B. HAFTTEL, *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 587, note L. GANNAGÉ: *Refusal of the enforcement in France of a foreign adoption pronounced in the UK in favour of a same-sex non married couple, as same-sex parentage was prohibited in France at that time (but stating that article 346 of the French Civil Code [adoption limited to married couple] is not part of the French international public policy)*. On the new interpretation of that solution in positive law, see *infra*, mn 12 and mn 60.

³⁹ Comp. in EU PIL instruments which generally do not mention the fraud exception to the enforcement of decisions. Therefore, the French Court of Cassation has, for instance, refused the intervention of public policy against the enforcement of a foreign maintenance decision to sanction a fraud to the competent jurisdiction of origin in the framework of the maintenance Regulation 4/2009 (art. 24, a): Civ. 1^{re}, 25 May 2016, n° 15-21.407, ECLI:FR:CCASS:2016:C100712. On this decision, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (87).

⁴⁰ See (most recently) *Coman*, Case C-673/16, op. cit. and *Pancharevo*, Case C-490/20, op. cit.

⁴¹ See Civ. 1^{re}, sect., 17 April 1953, *Rivière*, in *Grands arrêts du droit international privé*, op. cit., n° 26. See also on the decision, A. GAVALDA, “Remarques sur l’arrêt *Rivière*”, in *Travaux du Comité français de droit international privé 1951-1954*, 1955, pp. 115-148. Available at: https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1955_num_14_1951_1326

⁴² On the various forms of public policy exception, as this limitation (*effet atténué*) can also be set aside in favour of re-implementation of a full public policy (*ordre public plein*) in case of strong links (“proximity”) of the situation/status with France (*ordre public de proximité*), see D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., n°459 et seq., and n° 472. This is particularly the case where a French national is involved.

⁴³ Or an equivalent decision (as the term has a generally broad meaning in the context of cross-border circulation of decisions in France) delivered by an administrative or religious competent authority of instance or even a public act (see *infra* on conflict of authorities).

⁴⁴ See Article 343 of the French Civil Code, which limits full adoption to married couples.

⁴⁵ CA Versailles, 20 March 2014, n° 13/03655 (on the basis of article 346 of the French Civil Code considered as not being part of French international public policy). On this decision, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (147).

similar decision was issued by the French Court of Cassation regarding the share of parental authority between the mother of a child and her partner who had adopted the child. To this end, the court took the view that the prohibition of adoption by the partner of a parent in French domestic law cannot be seen as part of the French public policy.⁴⁶

13. A second limit exists obviously in the absence of judgment. How can foreign status be recognised outside this classic methodological way, in particular given the uncertainties of conflict of laws due to the non-harmonised systems of conflict of laws in personal and family matters?⁴⁷ This observation was certainly one of the starting points of the academic reflection on a new method of recognising foreign legal situations.

14. The third limit, which is closely linked to the latter, relates to public documents without the nature of judicial decision, but that have more effect than a simple certification of a legal situation. This is the case, for instance, of the assignment of a patronymic family name before the registrar. Should these public documents benefit from procedural recognition? This question is resolved in the framework of conflict of authorities.

2. Conflict of authorities concerning cross-border movement of status

A) Impact of conflict of authorities on recognition of status

15. Conflict of authorities deals with the competence of national public authorities without any judicial power (such as a regional prefect, a registrar or customs services) and also with the effect of foreign public documents concerning private law relationships.⁴⁸ Public documents, even limited to private law aspects, are a very broad category. They cover the intervention of a national public authority in order to produce legal effects in private law matters.⁴⁹ There is a real difficulty in distinguishing such a public document from a judicial decision when this public document is a condition for the validity or opposability to third parties of the private situation within (e.g. a marriage or a family name).⁵⁰ Here is the core distinction between the “envelope” of the public document called *instrumentum* (e.g. a civil status record) and its private content known as *negotium* (e.g. a marriage or parentage). The intervention of the public authority allows the will of private parties to be authenticated but also, sometimes, gives it a legal basis.

16. Recognition of status is often reliant on conflict of authorities as many elements of personal status are established through a public instrument, such as gender, marriage, partnership, assignment of a family name or parentage. In this context, the regime of the cross-border movement of such public instruments related to personal status is of great importance. The main issue is the possible implementation of article 509 of the French Civil Procedure Code and, more globally, of the procedural recognition in that case. A positive response was given in past judicial decisions.⁵¹ In particular, the Parisian Court of Appeal ruled, in 1994, that “a foreign public document on father’s recognition of paternity should be recognised *de plano*, producing its full legal effects [in France]; it does not need to be submitted to an

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 8 July 2010, n° 08-21740.

⁴⁷ See, in particular, the risk of conflicts of systems, *infra*, mn 30.

⁴⁸ On that definition, P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 486; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., n° 583.

⁴⁹ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 489.

⁵⁰ This is why Professor PAMBOUKIS suggested in his PhD thesis that the category of “*acte quasi-public*” should be created, in *L’acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993.

⁵¹ See CA Paris, 2 April 1998, *Soc. Barney’s Inc., c. C. M. C.*, note CH. PAMBOUKIS, *Rev. Crit. DIP.*, 1999, p. 102 (in business law matter); TGI, Paris, 17 October 1991, note H. MUIR WATT, *Rev. Crit. DIP.*, 1992, p. 508 (enforcement of a foreign divorce issued by declaration of the spouses at the town hall of Tokyo); TGI, Paris, 10 May 1990, *Rev. Crit. DIP.* 1991, p. 391, note H. MUIR WATT (enforcement of a foreign divorce issued by declaration of the spouses before a registrar of the Thai embassy in London).

enforcement proceeding (*exequatur*), in the same way as civil status records are regarded as constituting proof, as long as its invalidity is not judicially established on the initiative of an interested party".⁵² Therefore, foreign public documents on personal status should benefit from a similar regime of recognition as foreign judgments,⁵³ which means *de plano* recognition of the *instrumentum*, a possibility of enforcement pursuant to an *exequatur* proceeding if enforceability measures are required, and control of its validity in case of dispute. On the last point, the evolution of the French enforcement regime since 2007 (*i.e.* suppression of the control of the law applied by the foreign authority)⁵⁴ generates uncertainty about how to control the validity of the foreign public document.⁵⁵ It may be argued that, if no conflict-of-laws reasoning takes place for the control of the *instrumentum*, the same does not apply to the *negotium*. Its validity assessment implies, in principle, a conflict-of-laws reasoning.⁵⁶

B) Limits to recognition of status under conflict of authorities

17. The same limits as for the classical recognition of judgments applies here, which means a possible public policy exception or a fraud exception, preventing a foreign status from being recognised in France. Moreover, as the private situation contained within the public document (*negotium*) is still, in principle, submitted to conflict of laws, in the case of its validity being challenged, the discrepancies between conflict of laws (and then substantial family laws) within national legal orders may prevent its international circulation in France.⁵⁷

18. This would be the case, for instance, if a French national had decided to get married in a foreign country,⁵⁸ before local authorities who applied their domestic law (regardless of the connecting factor used), although this law does not comply with the mandatory provisions of French marriage law.⁵⁹ Indeed, from the French legal order's perspective, the applicable law to marriage is the law of the spouses nationality.⁶⁰ Therefore, if the foreign authority applied domestic provisions (*lex fori*), which did not impose, for instance, free consent to marriage and, for this purpose, the presence of the two spouses at the ceremony,⁶¹ the marriage would not be seen as valid in France.⁶² Therefore, a valid marriage abroad of a French national may be invalid for the French legal order. As concerns the "envelope" of the public document (*i.e.* the *instrumentum*), French authorities may refuse to deliver the "certificate of legal

⁵² (unofficial translation) Civ. 1^{re}, 12 Jan. 1994, *M. Tonon c. Office cantonal de la jeunesse de Tuttligen*, note CH. PAMBOUKIS, *Rev. Crit. DIP*, 1994, p. 557 (recognition of a foreign public document on father's recognition of paternity): "... toute reconnaissance volontaire d'un enfant naturel faite en pays étranger produit de plein droit ses effets sans qu'il y ait lieu de soumettre à exequatur l'acte instrumentaire qui la contient de la même manière que font foi les actes de l'état civil, tant que son invalidité n'a pas été constatée judiciairement à l'initiative de celui qui y a intérêt".

⁵³ Pursuant to the procedural recognition, the distinction between the twofold dimension of the public document (*instrumentum/negotium*) is ignored and therefore the cross-border circulation of the private situation (*negotium*) is facilitated.

⁵⁴ Cornelissen Case op. cit.

⁵⁵ For a conflict-of-laws assessment before the *Cornelissen* Case, see TGI, Paris, 10 May 1990, op. cit. (assessment on the basis of the French conflict-of-laws rules for divorce [ex-Article 310, current Article 309 of the French Civil Code], considered as non-relevant because of its unilateral nature and substituted by the equivalence theory applied to the substance of the foreign law applied related to French law on divorce).

⁵⁶ Even if some authors propose suppressing the conflict-of-laws reasoning. Previously, CH. PAMBOUKIS suggested in his PhD thesis the creation of the category of 'acte quasi-public', in *L'acte public étranger en droit international privé*, op. cit., n° 426 et seq. More recently, in the framework of a new method of recognition, see P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 481-501. See also *infra* mn 37 et seq.

⁵⁷ On this limit, see also *infra* mn 30.

⁵⁸ See Articles 171-1 et seq. of the French Civil Code.

⁵⁹ See Article 171-4 of the French Civil Code, referring in particular to Articles 144 (minimal age of 18), 146 (free consent), 146-1 (presence at the ceremony), 147 (prohibition of bigamy), 161 (prohibition of incest).

⁶⁰ Article 202-1 of the French Civil Code.

⁶¹ Articles 146 and 146-1 of the French Civil Code.

⁶² Pursuant to Article 171-1 of the French Civil Code, the validity of a French national foreign marriage implies its compliance with the relevant provisions of the French Civil Code.

capacity to marry” which is generally⁶³ asked for the transcript of the marriage certificate on the French Civil Registry. If the transcript is not necessary for the foreign marriage to produce civil effects *inter partes* (i.e. between the spouses and their children) in France, it is compulsory for the marriage to be enforceable (“*opposable*”) against third parties.⁶⁴ Nevertheless, in practice, the absence of a certificate of legal capacity to marry should not prevent the transcript, which will take place if there is no doubt on the validity of the marriage under French law.⁶⁵ If such doubts appear, the registrar shall advise the Public Prosecutor, who decides if the transcript is allowed or not, depending on the validity of the foreign marriage under French law. In order to take action for the annulment of the foreign marriage before French courts, he shall ask for a limited transcript for the purpose of the judicial action. Recognition of status, understood here *via* the validity of foreign status, is therefore closely linked to the transcript of civil records. However, a refusal to transcribe a public document does not have a direct impact on the validity of the private situation crystallised within this document.

C) Articulation between recognition of status and registration within conflict of authorities

19. The previous example of French national foreign marriage is a relevant illustration of the articulation between recognition of status – here the acceptance in France of the marital status acquired abroad, more precisely its validity – and the registration of the foreign marriage certificate at the French Civil Registry. There is not a perfect match between the two concepts. A valid foreign marriage under French law produces civil effects between the spouses without any transcript. However, to have its full effects (i.e. *erga omnes*), a transcript is necessary, and the transcript is indirectly reliant on the validity of the marriage, as explained above. Therefore, the easiest way for the French spouse to enjoy his/her marital status in France is to request the transcript of his/her foreign marriage, even if it is not compulsory.

20. As concerns methodological approach, a brief comparison in the context of international circulation of public documents shall be drawn between procedural recognition applied to some foreign public documents (as explained above) and registration of foreign documents or judgments at the Civil Status Registry within the field of conflict of authorities. The former deals with issues of recognition (or enforcement) of status contained within a foreign judgment or, in some cases, also in a foreign public document, conferring proof, *res judicata* (including substantial efficiency) or enforceability in the *forum* addressed. The latter relates to the mention or the transcript of a foreign civil status record or of a foreign judgment on civil status (divorce, adoption, etc) in order to confer proof and effectiveness (“*opposabilité*”) against a third party. Only the public envelope of the document (*instrumentum*) is at stake. In practice, French nationals may ask for the transcription in the French Civil Registry of foreign public documents by French consular or diplomatic authorities.⁶⁶

21. Regarding their effects, foreign public instruments have *de jure* a probative force pursuant to article 47 of the French Civil Code,⁶⁷ if the local foreign forms have been respected (*locus regit actum*),⁶⁸

⁶³ But the certificate is not compulsory for the transcription.

⁶⁴ Article 171-5, al. 1, of the French Civil Code. It reads as follows: “*Pour être opposable aux tiers en France, l’acte de mariage d’un Français célébré par une autorité étrangère doit être transcrit sur les registres de l’état civil français. En l’absence de transcription, le mariage d’un Français, valablement célébré par une autorité étrangère, produit ses effets civils en France à l’égard des époux et des enfants*”. See Civ. 1^{re}, 7 December 2016, n° 15-22.996 P (transcript after the death of one spouse, having a retroactive effect to the day of the marriage), *AJ fam.* 2017, p. 146, obs. A. BOICHÉ.

⁶⁵ Article 171-7, al. 1, of the French Civil Code.

⁶⁶ For instance, in the case of a foreign marriage involving a French spouse, see Articles 171-5 et seq. of the French Civil Code.

⁶⁷ “*Tout acte de l’état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d’autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l’acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité*”.

⁶⁸ For instance, Civ. 1^{re}, 17 December 2008, n° 07-20293 (a foreign birth certificate drawn up by a foreign authority in conformity with foreign formal requirements has a probative effect in France). See also, as concerns a foreign birth cer-

without their transcript in the French Civil Status Registry being necessary. The same applies to foreign judgments on civil status, as explained above. It follows from the above, indirectly, that there is a presumed validity of the private situation (*negotium*) crystallised within the public document, which facilitates the effects in France of foreign status. Article 47 adds that, in the case of irregularity or falsification of the record, a transcript in the French Civil Registry is forbidden. It is also the case if the facts stated in the public document do not correspond to reality. If a foreign judgment on personal status coexists with a public instrument,⁶⁹ a request for ineffectiveness (*inopposabilité*) of the judgment⁷⁰ may also lead to preclusion of the transcript in the Civil Registry.

22. In this context, serious difficulties occurred in France regarding foreign birth certificates of children born after a gestational surrogacy, when the foreign record mentions the two intended parents as legal parents, since surrogacy is prohibited under French law.⁷¹ French courts refused to register a foreign birth certificate because of its non-conformity with the “reality” regarding parentage.⁷² Neither the same-sex partner or husband of the intended biological father (as second intended parent), nor the wife (as intended mother and even sometimes genetically biological mother) of the intended biological father can, in principle, be recognised as the second parent of these children;⁷³ only the intended biological father and the surrogate mother are. More recently, the French *Cour de cassation* ruled, on the contrary, that the full transcript of the foreign birth certificate was allowed pursuant to article 47 of the Civil Code, on the sole condition that this complies with the foreign law under which the certificate was established.⁷⁴ To put an end to this liberal caselaw, in breach of the French prohibition of surrogacy, the French lawmaker decided to amend article 47.⁷⁵ The revised provision lays down, more precisely, that “the reality [of the facts stated in the public document] is to be assessed according to French law”.⁷⁶ Since French law prohibits surrogacy, neither the intended second father (in a same-sex couple) nor the intended mother (who did not give birth to the child) should in principle be mentioned as second parent of the child by transcription into the civil status registers. However, it should be pointed out that another reasoning has normally to be followed to respond to the issue of parentage (as family status), beyond the sole issue of civil registration. The refusal to register the foreign birth certificate entirely has technically no direct legal impact on the validity of the *negotium*, which means on the private situation (here the parentage) in the civil status record. Conflict-of-laws rules shall be applied in order to determine the validity of the legal situation (*i.e.* the parentage) contained in the foreign public instrument. The probative force of the foreign public document shall be distinguished from the validity of the situation contained

tificate after a surrogacy, CA Paris, 25 October 2007, n° 06/00507, *JDI* 2008, p. 145, G. CUNIBERTI (the Court refused the request of annulment of the transcript of the birth certificate on the ground that (*inter alia*) the Public Prosecutor did not claim for the irregularity of the public instrument pursuant to article 47 of the Civil Code). However, this judgment was quashed by the *Cour of Cassation*: Civ. 1^{re}, 17 December 2008, n° 07-20468 (based on article 16-7 of the French Civil Code, which precludes surrogacy).

⁶⁹ For instance, a judgment of adoption and a public document on parentage.

⁷⁰ Based, for instance, on the violation of public policy by the foreign judgment.

⁷¹ Article 16-7 of the French Civil Code: *Any agreement concerning procreation or surrogate motherhood is void.*

⁷² The so-called “reality” is, under French family law, that the mother is the sole woman who gives birth and the father is only the biological father. Therefore, French court held that the refusal to register a foreign birth certificate because of its non-conformity with the reality regarding parentage, in case of surrogacy, is lawful: CA Rennes, 28 September 2015, n° 14/05537, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Rec. Dalloz*, 2016, p. 857, obs. J. HAUSER, *RTD civ.*, 2016, p. 78, and CA Rennes, 7 March 2016, n° 15/03855. For nuances and further analysis, see below mn 58.

⁷³ Under French law, the mother is the woman who gives birth; however, for an exception see, recently: Ass. Pl., 4 October 2019, n° 10-19.053, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648 (see also below, mn 58). As concerns the father, co-fatherhood does not exist. Consequently, the child cannot have more than one father.

⁷⁴ Civ. 1^{re}, 18 December 2019, n° 18-11.815. The ruling is an extension of the specific solution given to the *Mennenson* Case following the ECtHR ruling and opinion: Ass. Pl., 4 October 2019, n° 10-19.053, op. cit.

⁷⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

⁷⁶ Article 47 *in fine* of the French Civil Code. On the amended provision, see A. KARILA-DANZIGER, F. GUILLAUME JOLY, “Transcription à l’état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d’une GPA, « Fin de partie »”, *AJ Famille* 2021 p.582 ; L. PAILLER, “À propos de l’article 7 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique”, *Recueil Dalloz*, 2021, p. 1928.

within (such as marriage, name and here parentage).⁷⁷ It only creates a presumption of validity.⁷⁸ In practice, the applicable law or a public policy exception and the subsequent substitution of the *lex fori* may lead to a coherent solution: on the one hand, the refusal to register; on the other hand, the illegality of the situation in France.⁷⁹ In practice, once the transcript is made, the validity of the situation constituted *ex lege* is, generally, not challenged.⁸⁰

23. Finally, as concerns the effects in France of foreign public documents, they are the same as the effects of similar French public documents, provided that their validity is not challenged. In this context, the French Public Prosecutor has a key role; he is able to challenge a foreign civil status document before the judge when, according to him, public policy is violated.⁸¹ Moreover, when a French judge is seized to give effect to a foreign public document outside the scope of the Regulation (EU) 2016/1191 on the circulation of public document⁸² or of international conventions in force in France⁸³, he shall request for its legalisation⁸⁴ pursuant to an international custom.⁸⁵ Legalisation imposes the translation of the original instrument into French. The competent authority is most often the French embassy of the country of origin of the public document.

3. Conflict of laws concerning cross-border movement of status

A) Impact of conflict of laws on recognition of status

24. Conflict of laws is the classic way of reasoning in the face of a foreign private law situation constituted *ex lege*. Here, the reasoning is not a recognition process in a strict sense because of the absence of decision, but a control of the validity of the foreign situation. Because of the diversity of national systems of conflict of laws as well as because of deep discrepancies in substantial family laws, this methodology is, nowadays, more and more criticized. Conflict of laws is accused of preventing foreign status to freely circulate worldwide.⁸⁶ What is the state of play of this methodology in French law in the case of cross-border movement of status?

⁷⁷ For instance, on parentage see Civ. 1^{re}, 20 November 1979, n° 77-13297 (conflict-of laws reasoning to determine the effect of the public document in terms of paternity).

⁷⁸ For instance, Civ. 2^e, 12 February 2015, n° 13-19751 (presumption of validity in favour of a foreign polygamous marriage as long as it has not been declared null and void pursuant to a conflict-of-laws reasoning; consequently, the second spouse has to be considered as a surviving spouse under social security law and may benefit from the reversionary pension of her husband). See also, in the field of voluntary recognition of paternity performed abroad (i.e. *de plano* recognition of a foreign act of acknowledgement of a child), Civ. 1^{re}, 12 January 1994, n°91-14.567 P.

⁷⁹ As concerns the intended mother, the applicable law to legal parentage pursuant to article 311-14 of the French Civil Code is (firstly) the national law of the mother. Therefore, a French intended mother, by application of French law, will not be allowed to be the mother of a child born after a gestational surrogacy (only the woman who gives birth can be a mother under French law). However, the new article 342-10 of the Civil Code may change this reasoning in the future since it introduces the co-motherhood in French family law (see *infra* mn 58 to 60).

⁸⁰ The option to ask for the annulment (or rectification) of a civil status record is laid down in Article 1049 of the French Civil Procedure Code.

⁸¹ Article 423 of the French Civil Procedure Code.

⁸² See *infra* mn 50.

⁸³ Such as the ICCS Conventions n°16 and n°24 or the Hague Apostille Convention of 1961. On this issue, see N. NORD, "La circulation des documents publics familiaux", in E. BERNARD, M. CRESP & M. HO-DAC (ed.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne / Family within the legal Order of the European Union*, Bruylant, 2020, pp. 399-417; (same author) "Une harmonisation des actes?", in H. FULCHIRON (ed.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., pp. 323-330.

⁸⁴ Legalisation is understood as the authentication of the signature by the foreign public authority. See: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1402>

⁸⁵ For instance, Civ. 1^{re}, 13 April 2016, n° 15-50018 (dealing with a foreign birth certificate legalized by the foreign authority *but not by the French authority* and invoked before a French court to prove a parent-child relationship in order to benefit from a French nationality declaration in favour of the child's father but producing a collective effect; in this context, refusal by the French court to give effect to the foreign public document).

⁸⁶ The alternative would be, for some scholars, to replace conflict of laws with recognition. In that sense, see *infra* mn 38.

25. For the record, conflict of laws was traditionally developed in order to ensure the continuity of personal status. Therefore, French law as part of continental law adopted, on the one hand, connecting factors based on the objective location of legal relationships and, on the other, a unique regime for all issues of personal status (marital status, parentage, name, etc) in favour of nationality as a connecting factor.⁸⁷ An example of the implementation of this bilateral conflict of laws may be given to show how foreign status may circulate in France and produce effects. This is the case of a religious marriage legally performed abroad. The main issue here is the discrepancies of substantive family laws, as in France only civil marriages are admissible⁸⁸ contrary to some foreign countries. However, the prohibition on celebrating a religious marriage in France is not a brake to international circulation of such foreign union there. Indeed, pursuant to French law, the issue of *religious* or *civil* celebration is a formal requirement⁸⁹ and, therefore, the applicable law pursuant to article 202-2 of the French Civil Code is the *lex loci celebrationis*. Since foreign law required a religious celebration, the marriage was legally concluded abroad and shall be accepted as such in France.⁹⁰ The legal reasoning here does not aim to respond to an issue of recognition (in a strict sense) but to assess the validity of the foreign marriage in France. Such reasoning could be necessary to check, for instance, if the spouses are then allowed to conclude a civil marriage in France.⁹¹

26. Other examples confirm that cross-border circulation of personal status is possible outside any specific “recognition rules”, in the classic context of conflict of laws. Still, in the field of marriage, polygamous marriage legally performed abroad may benefit from the “limited effect” of public policy (*effet atténué de l'ordre public*).⁹² As ruled by the French Court of Cassation, the public policy exception does not prevent rights from being acquired in France on the basis of a foreign situation legally constituted abroad in conformity with French conflict-of-laws rules.⁹³ If the national law of both spouses is implemented, as applicable law to the substantial requirements to get married pursuant to article 202-1 of the French Civil Code, and allows polygamy, the foreign marriage can produce some effects in France, for instance in the fields of social security rights⁹⁴ or maintenance claims.⁹⁵ As concerns foreign child marriage, no specific prohibition clause exists in France. Even if the minimum age for marriage in France is 18,⁹⁶ younger spouses may see their foreign marriage accepted as valid in France pursuant to conflict-of-law rules whereby their national law allows them to get married.⁹⁷ Of course, under a certain

⁸⁷ See article 3, §3 of the French Civil Code (national law as applicable law to personal status or legal capacity of natural persons). See for instance Civ. 1^{re}, 13 April 1932, in *Grands arrêts du Droit international privé*, op. cit., n° 14. On the advantage of nationality, ensuring “harmony with the personal identification which is mainly issued and administrated by the state of nationality”, A. DUTTA, “Personal Status”, *Encyclopedia of Private International Law*, op. cit., p. 1348.

⁸⁸ Article 165 of the French Civil Code.

⁸⁹ Civ. 1^{re}, 22 June 1955, *Caraslanis*, in *Les grands arrêts du Droit international privé*, op. cit., n°27.

⁹⁰ See CA Paris, 16 October 2012, n° 11/22096. On that decision, M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (16).

⁹¹ In the case mentioned above, the Paris Court of Appeal had to check the validity of a religious marriage performed abroad, to then assess the validity of a civil marriage concluded some months later in France between the same spouses, as bigamy is forbidden in France pursuant to Article 146 of the French Civil Code. As the foreign marriage was valid pursuant to (current) Articles 171-1 and 202-2 of the French Civil Code, the second marriage was held null and void.

⁹² This is not the case if the second spouse is a French national as French national law prohibits bigamy.

⁹³ Civ. 2^e, 2 May 2007, n° 06-11418 (op. cit.): “*Mais attendu que l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé*”.

⁹⁴ Civ. 2^e, 12 February 2015, n° 13-19751 (presumption of validity in favour of a foreign polygamous marriage as long as it has not been declared null and void pursuant to a conflict-of-laws reasoning; consequently, the second spouse has to be considered as a surviving spouse under social security law and may benefit from the reversionary pension of her husband). See also Civ. 2^e, 2 May 2007, n° 06-11418. On this decision, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (11).

⁹⁵ Civ., 28 Jan. 1958, *Chemouni*, *Les grands arrêts du droit international privé*, op. cit., n° 30.

⁹⁶ Article 144 of the French Civil Code, even if derogations are possible for “serious reasons”, pursuant to Articles 145 et seq. of the Civil Code.

⁹⁷ As a free consent to marriage is a crucial condition, its assessment in relation to minors (under French law) should be very strict. In any case, this assessment shall be done following the French conception of consent even in the face of foreign spouses (pursuant to Article 202-1, al. 1, *in fine*, of the French Civil Code). The consent of the parents of the underage spouse, for instance, may be required.

age, the marriage of minors is prohibited as “child marriage” according to the most fundamental values of French society and, in this case, the full exception of public policy would prevent such a marriage from being valid in France.⁹⁸

B) Limits to recognition of status under conflict of laws

27. The implementation of conflict-of-laws rules may be confronted with classic limits that usually prevent foreign status from circulating in France and from producing effects there. This is the case, firstly, of overriding mandatory provisions (*lois de police*), even if they are not common in personal and family matters. An illustration of such mandatory provision may be given in the field of “civil effects” of international marriages, with the consequence of excluding some personal effects of the marriage normally conferred by the applicable foreign law. In other words, the foreign status – the marriage – is valid in France but is not allowed to produce part of its foreign law effects there. In principle,⁹⁹ such civil effects of an international marriage in France between foreigners living in France depend on the law that is applicable to the marriage, namely the law of the nationality of the spouses.¹⁰⁰ However, regarding the *personal* effects of marriage, as, for instance, the duties of joint living, fidelity or mutual respect and assistance,¹⁰¹ the French *Cour de Cassation* ruled that French duties between spouses have an international imperative nature.¹⁰² In other words, they shall be applied as overriding mandatory provisions. Therefore, if the national foreign law of the spouses provides, for instance, for a woman’s duty to obey her husband, this provision cannot be implemented in France because it would be in breach of the French duty of mutual respect, which is thus directly applicable *ex ante*.¹⁰³ Foreign marital status cannot develop its full effects in France following conflict of laws.

28. In the field of adoption, a brief comparison between overriding mandatory provisions, as limiting the foreign effects of foreign status under the applicable law, and article 370-5 of the French Civil Code related to the effects in France of foreign adoptions, can be made. As described below, this provision aims to give the effects of French substantial law to foreign adoptions in France, under certain conditions. These unilateral conflict-of-law rules have the same impact as an overriding mandatory provision, namely the “francisation” of foreign status regarding their legal effects in France (*i.e.* making them French). This trend may be criticised as it does not fully respect foreign cultures, even if the global issue is, most probably, more complex. Moreover, an irremediable limit of respect for foreign culture remains: the compliance of foreign status effects with public policy.

29. Secondly, the public policy exception may be implemented to set aside a foreign law designated by the French conflict-of-laws rules, because its substance is contrary to the most fundamental values of the French legal order. This would be the case for a foreign marriage between two foreign spouses of whom at least one is under the legal puberty age, as mentioned above (*apropos* child marriage).¹⁰⁴ However, a limited effect may also be given to the public policy exception in order to favour the circulation of foreign status in France, as explained above regarding polygamous marriages.¹⁰⁵

⁹⁸ Under the French general instruction on civil status (*Instruction générale relative à l'état civil*, IGREC, 11 May 1999, JUSX9903625J), the foreign law that sets the legal puberty age (marriageable age) under the natural age of puberty should be considered as contrary to public policy (IGREC, *op. cit.*, n° 548). The applied foreign law in the country of origin will be set aside in favour of French law (as *lex fori*) and the foreign marriage will have no existence and no effect in France.

⁹⁹ It should be noted that the category of “civil effects” of marriage is, however, quite an empty shell as many specialised categories take precedence over it, such as divorce, parentage, maintenance, etc. See M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 137 and n° 140.

¹⁰⁰ See Civ., 17 April 1953, *Rivière* and Civ., 15 May 1961, *Tarwid*, in *Grands arrêts du droit international privé*, *op. cit.*, n° 26.

¹⁰¹ See articles 212 and 215, al. 1, of the French Civil Code.

¹⁰² Civ. 1^{re}, 20 Oct. 1987, *Cressot*, *Rev. Crit. DIP*, 1988, p. 540, note Y. LEQUETTE.

¹⁰³ On that sense, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, *op. cit.*, Question (27).

¹⁰⁴ See *supra*, mn 26.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

30. Thirdly, a last limit may be analysed, namely the conflicts of systems (of conflict of laws) that have their origin in worldwide discrepancies between national conflict-of-laws systems.¹⁰⁶ These conflicts arise when a different response is given, at the stage of the designation of the law applicable to an international situation, by the conflict-of-laws system of the *forum* and that of the legal order designated by the conflict-of-laws rule of the *forum*. One expression of this conflict may be the clash between connecting factors of the two conflict-of-laws systems concerned. Although the applicable law under the conflict-of-laws rule of the *forum* (A) is the law of nationality (B), the conflict-of-laws rule of this legal order (B) designates the law of the *forum* (A) or of a third legal order (C); for instance, the law of domicile. If the supranational unification of conflict-of-laws rules automatically mitigates this issue, it still exists and constitutes a real brake to cross-border movement of status. Of course, the additional discrepancies of substantial laws are the concrete cause of the refusal of a host country to consider a foreign status as valid. In this context, the recognition of family name is a famous example in the EU. In the *Grunkin-Paul* case, the refusal of German authorities to transcribe the name certificate legally drawn up in Denmark, under Danish law designated by the domestic conflict-of-laws rule (*i.e.* the law of habitual residence), had its origin in a positive conflict between connecting factors, as German law designated the law of nationality.¹⁰⁷

31. If such conflicts are not excluded in the French legal order, some techniques, more or less recent, exist to limit their negative impacts on recognition of personal status. This is the case of the equivalence theory, which has recently renewed the attention of scholars.¹⁰⁸ Used, in the past,¹⁰⁹ in the field of international circulation of judgments, in order to recognise a foreign decision even if the law applied was not the one designated by French conflict-of-laws rules,¹¹⁰ this technique has also been implemented in conflict-of-laws matters.¹¹¹ While equivalence has not recently been applied in a context of cross-border movement of status detached from a judgment (to the best of our knowledge), one could imagine this possibility. It would favour the validity in France of the foreign situation legally constituted abroad, setting aside the discrepancies between conflict-of-laws systems. Other means have been used, more recently, to evacuate conflicts of systems and their negative impact on cross-border movements of status. They will be examined below, as concrete reactions of the French legal order to the liberalisation of recognition of status in Europe.

C) Adaptation in case of difficulties in identifying the effects of foreign status

32. Conflict of laws also plays a fundamental role regarding the effects in France of foreign situations, acts or decisions on personal status. Indeed, those effects depend in principle on the applicable law under French conflict-of-laws rules. A specific difficulty occurs when a plurality of laws is designated to regulate a cross-border situation and its effects in France.¹¹² In this case, French conflict of laws provides for the adaptation¹¹³ of the applicable law.

¹⁰⁶ See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, *op. cit.*, n° 434.

¹⁰⁷ See CJEU, 14 oct. 2008, *Grunkin Paul*, Case C-353/06. See also M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, *op. cit.*, Question (77). On this issue, see *infra* mn 53 et seq.

¹⁰⁸ See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, *op. cit.*, n° 369; H. GAUDEMET-TALLON, “De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé”, *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 303 ; S. GODECHOT-PATRIS, “Retour sur la notion d’équivalence au service de la coordination des systèmes», *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271.

¹⁰⁹ Before the *Cornelissen* Case, in 2007, *op. cit.*

¹¹⁰ For instance, Civ. 1^{re}, 28 January 2003, n°00-15344 (dispute on the enforcement of accessory measures attached to a foreign divorce: “*Mais attendu que la cour d’appel, ayant souverainement retenu que la loi israélienne appliquée avait permis la concertation des parents sur les mesures accessoires concernant les enfants, a pu en déduire une équivalence substantielle de cette loi avec le droit français applicable, justifiant légalement sa décision sur ce point*”). See also D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, *op. cit.*, n° 276.

¹¹¹ See, for instance, Civ. 1^{re}, 11 January 2005, n° 01-02.473 (on the laws applied and applicable to a guardianship measure regarding a German national living in France), *Rev. crit. DIP* 2006, p. 85, note M. SCHERER.

¹¹² See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, *op. cit.*, n° 474 et seq.

¹¹³ The notion comes from the German Private International Law concept of *Anpassung*.

33. This is the case, for instance, of the inheritance rights of the second spouse of a polygamous man as, in France, polygamy is prohibited and, consequently, the law of succession only applies to one of the surviving spouses. In this context, is it possible to regard (French) monogamic marriage as equivalent to (foreign) polygamous marriage under the two different applicable laws – on the one hand, the law of succession and, on the other, the law of marriage – ? A positive response to that issue of substitution was given by the French *Cour de Cassation*¹¹⁴ The status of surviving spouse for the distribution of the estate of the deceased under French law (designated by the French conflict-of-laws rule in matters of succession) shall be determined by the law of the nationality of the spouse (as applicable law to marriage). Therefore, in the case of foreign polygamous marriage legally performed abroad, the second spouse is allowed to become an heir, as the second marriage is seen as valid pursuant to the “limited effect” of public policy.¹¹⁵ Therefore, an *adaptation* of the foreign marriage under the law applicable to succession had to be made. This means in practice that the two surviving spouses should share the inheritance portion allocated in principle to the single surviving spouse.¹¹⁶

34. The same reasoning is followed by French law in the field of international adoption. Pursuant to article 370-5 of the French Civil Code, the adoption legally performed abroad produces the legal effects of either a full adoption (*adoption plénière*), if it broke irrevocably and completely the parentage link of origin, or of a simple adoption (*adoption simple*) if it did not.¹¹⁷ The objective of the provision in applying French law¹¹⁸ to the effects of a foreign adoption is to ensure a uniform regime for all adoptions in France and, thus, to facilitate the integration in France of the adopted children, even if these effects may differ from the original ones pursuant to the foreign judgment. On the contrary, *adaptation* is not allowed for foreign legal situations that differ from a French adoption,¹¹⁹ as *kafala* for instance.¹²⁰ In this case, French law refuses the adoption because the personal law of the adopted child does not admit the institution of adoption.¹²¹ Consequently, these foreign statuses cannot be given the effects of French adoption in France.¹²² Such refusal complies with article 8 ECvHR, as rules by the ECtHR.¹²³

III. French reaction to the liberalisation of recognition of status

35. The French reaction to the liberalisation of recognition of status in the European context can be reported among both academia and positive law. As French scholars are particularly interested in the methodological approach of PIL,¹²⁴ the need to facilitate recognition of status in Europe has been a great input to renewal of classic analysis of the matter. What is specifically analysed by authors is the possibility for the French legal order to recognise the validity of foreign situations constituted *ex lege* without any conflict-of-laws assessment. From a methodological perspective, such recognition would be detached from a judicial decision (associated with procedural recognition) and, despite this, would

¹¹⁴ Civ. 1^{re}, 3 January 1980, *Benddedouche*, n° 78-13762.

¹¹⁵ See *supra* on the concept of the “limited effect” of public policy (*effet atténué*) and polygamous marriage, mn 12.

¹¹⁶ See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T 1, op. cit., n° 483.

¹¹⁷ The provision adds that a transformation of the foreign simple adoption into a French full adoption may take place conditionally upon the consent of the child’s legal representative. See M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (155).

¹¹⁸ The application of French law has been described as a form of French “naturalisation” of foreign adoptions, by B. AUDIT & L. D’AVOUT, in *Droit international privé*, op. cit., n° 828.

¹¹⁹ Under French law, an adoption shall create a parentage link. See also article 2, §2 of the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption.

¹²⁰ Civ. 1^{re}, 15 December 2010, n°09-10439 (validity of the Court of Appeal’s refusal to convert a *kafala* established abroad into a French adoption, under Article 20 of the 1989 Convention on the Rights of the Child). See also See M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (149).

¹²¹ In particular, child nationals from Maghreb countries.

¹²² For instance, Civ. 1^{re}, 12 January 2011, n° 09-68.504 (regarding “adoption protection” in Malian law).

¹²³ See ECHR, 4 October 2012, *Harroudj v. France*, req. n° 43631/09 (no violation of art. 8).

¹²⁴ See, in particular, H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI, 1973, t. 139 ; L. GANNAGÉ, *Les méthodes de droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures*, RCADI, 2013, t. 357 ; H. MUIR WATT, *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)*, RCADI, 2017, t. 389.

imply the exclusion of conflict-of-laws rules by the French host legal order. On the contrary, conflict-of-laws reasoning would remain at the stage of creating legal situations in France. In a way, conflict of laws would be turned into conflict of authorities, with each authority (in the State of origin and in the host State) applying its proper law (*lex auctoris*).

36. As concerns French law and judicial practice, mainly indirect influences can be observed. In some specific cases, however, real evolution of French positive law has occurred, as, for instance, in the fields of name and surrogacy. In any case, the French lawmaker has not yet adopted explicit rules of recognition as imagined *de lege ferenda* by scholars or identifiable in comparative law.

1. Reactions among French academia

A) Background information on the French legal doctrine in the field of recognition of status

37. Status recognition has been discussed in France among PIL specialists since the early 2000s, mainly in the light of PIL methodologies¹²⁵ and not only in the European legal context.¹²⁶ But already in the 1990s, scholars had pointed out the relevance of using the traditional method of procedural recognition (*reconnaissance d'efficacité des décisions*) in favour of some public documents on private law elements, even if they do not have substantially the nature of a decision.¹²⁷

38. During the first decade of the 21st century, French legal doctrine started working on drawing up the main features of a new PIL method based on recognition of status, seen as a kind of transposition of the procedural recognition¹²⁸ to legal situations constituted abroad.¹²⁹ This new method was called the “method of unilateral recognition”¹³⁰ or “method of situations recognition”.¹³¹ Currently, the expression “recognition method” (*méthode de la reconnaissance*) is most often used. The main technical element of this prospective method is the removal of conflict of laws in the legal reasoning of the judge addressed (*i.e.* in the host State of the foreign status). More recently, many authors focus on the impact of EU law (in particular the freedom of movement) and/or of fundamental rights (under the ECvHR) to explain and justify this ongoing methodological evolution.¹³² At the same time, some scholars have developed a critical approach to recognition, preferring a renewal of the conflict-of-laws approach.¹³³

¹²⁵ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjonctures”, *RebelsZ.*, 2004, p. 225-243; “La reconnaissance mode d'emploi”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 481-501.

¹²⁶ For a classical international perspective, S. BOLLÉ, “L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *RCDIP*, 2007, p. 307-355; P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547-573; C. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance”, *Rev. Crit. DIP*, 2008, p. 513-560.

¹²⁷ CH. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1993. See also P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Paris, Economica, 2004.

¹²⁸ In the same period, in the framework of enforcement of foreign judgments (*exequatur*), the French Supreme Civil Court gave up controlling the indirect legislative competence: Civ. 1^{re}, 20 February 2007, *Cornelissen*, n°05-14082. On that case, see above mn 10 and below mn 56.

¹²⁹ P. LAGARDE (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013.

¹³⁰ In particular S. BOLLÉ, “L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *op. cit.*

¹³¹ In particular P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *op. cit.*

¹³² See recent PhD studies: A. BILYACHENKO, *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse, Université de La Rochelle, 2016; S. FULLI LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse, 2017, Université Paris 2; A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne: contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Thèse, 2014, Université Lyon 3.

¹³³ E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Institut Universitaire Varenne, 2017, n° 459 et seq. L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse Paris II, 2015. See also M. BUSCHBAUM, “La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil?, Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de loi”, *Recueil Dalloz* 2011, p. 1094.

39. More globally, French academics have been working on the impact of European fundamental rights, including EU freedom of movement, on personal status and its legal treatment.¹³⁴ In this context, a major research project should be mentioned, led by Professor Fulchiron since 2014. It focuses on the legal impact of circulation on personal status worldwide.¹³⁵

40. Regarding specifically same-sex marriages, as a hot topic in Europe,¹³⁶ their international circulation in France when performed abroad has not been particularly discussed, since they are allowed following a family law reform adopted in 2013.¹³⁷ On the contrary, same-sex parentage is a matter of interest.¹³⁸ The recognition of foreign partnerships legally created abroad is also discussed with regard to their effects.¹³⁹

B) French PIL textbooks in the field of recognition of status

41. Regarding PIL textbooks in France, they all pay attention to the law applicable to personal status and, among other questions, provide information on the effects of specific foreign status in France: for instance, the effects in France of a polygamous marriage or of a *kafala* performed abroad.¹⁴⁰ However, the authors (mainly) do not draw a systematic distinction between the conditions of creation of a status in France and the conditions for the recognition of a status legally acquired abroad. The conditions for the recognition of each element of foreign personal status in France are, most often, not exposed in detail.¹⁴¹ The absence of systematic written rules of PIL in France may explain this observation.

42. Moreover, a distinction between PIL textbooks may be drawn, between a classic or older PIL approach (Mayer/Heuzé)¹⁴² dealing with recognition in the light of circulation of judgments or public acts and a renewed approach (Bureau/Muir Watt; Geouffre de La Pradelle/Niboyet; Audit/d'Avout)¹⁴³ that takes into consideration the increasing impact of EU freedom of movement and EU fundamental rights on PIL solutions and, thus, discusses the emergence of recognition (as a new PIL method) in connection with foreign legal situations. In that sense, a major French PIL textbook devotes part of a chapter on "Recognition of foreign situations" (*la reconnaissance des situations étrangères*).¹⁴⁴ A new perspective has also been recently proposed in a family law textbook dealing with national, European and international dimensions of family relationships, following a judicial approach.¹⁴⁵ The issue of status recognition in family matters is here largely taken into account.¹⁴⁶ Major family law books also pay

¹³⁴ See, for instance, H. FULCHIRON, CH. BIDEAUD-GARON (ed.), *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014.

¹³⁵ H. FULCHIRON (ed.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit.; (same author) "Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et 'dynamique des normes'. L'exemple du droit de la famille", *RTD Civ.* 2017, p. 271 et seq.

¹³⁶ See in particular CJEU, 5 June 2018, *Coman*, aff. C-673/16. EU:C:2018:385 and ECtHR, 14 December 2017, *Orlandi e.s. v. Italy*, req. n° 26431/12, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112.

¹³⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, and Article 143 of French Civil Code.

¹³⁸ On the methodological impact, see *infra* mn 60.

¹³⁹ On the methodological impact, see *infra* mn 51 et seq. See also M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, op. cit., Question (95).

¹⁴⁰ See, for instance, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, op. cit., n° 780 (on polygamous marriage) and n° 884 (on adoption, including *kafala*).

¹⁴¹ Only specific situations requesting recognition are explained in relation to the caselaw of the French *Cour de cassation*.

¹⁴² P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2014. It should be noted that a new (12^e) edition of that book has been realised in 2019, with a new co-author, B. REMY.

¹⁴³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 8^e éd., 2018; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1 et 2, PUF, 4^e éd., 2017; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 6^e éd., 2017.

¹⁴⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit., n° 569 et seq.

¹⁴⁵ M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille – Droit français, européen, international et comparé*, Brussels, Bruylant, Coll. *Casebook*, 2018.

¹⁴⁶ See in particular Question (11) on polygamous marriage; Question (66) on repudiation (*talaq*); Question (87) on com-

greater attention to the issue of recognition of status and explain in detail new legal and academic developments on this topic.¹⁴⁷

C) Doctrinal research on “unnamed” rules of recognition in traditional French PIL

43. In the framework of the academic debate on recognition of status in Europe, French scholars also worked on finding “unnamed” or “implicit” legal and judicial expressions of recognition of status (in the methodological sense explained above) in classic French PIL. Two main examples may be given.

44. The first example is the old theory of conflict of systems in time (*conflit de systèmes dans le temps*),¹⁴⁸ as a derogatory regime *vis-à-vis* conflict-of-laws rules, which was used long ago by French courts to favour the circulation of a personal status legally constituted abroad, without any link with the French *forum*.¹⁴⁹ Out of respect for the parties’ forecasting, this theory allows, under certain conditions, admission of the validity of a foreign status regarding the law applied abroad, at the time of its creation, despite the different solution given following the implementation of the conflict-of-laws rule of the *forum*. However, no recent case implements this old theory, to the best of our knowledge.

45. The second example concerns article 311-17 of the French Civil Code, related to voluntary recognition of paternity or maternity in the field of parentage.¹⁵⁰ This provides that recognition of parentage, in an international context, is valid if it was performed in conformity with either the law of the nationality of its author, or with the law of the nationality of the acknowledged child. This rule is traditionally analysed as a substantive-oriented conflict-of-laws rule as the classic neutrality of conflict-of-laws rules is set aside in favour of a specific political result, namely the validity of the child’s acknowledgement in France. To this end, two alternative connecting factors are laid down. Despite its conflictual nature, confirmed by the French *Cour de Cassation*,¹⁵¹ the provision is close to article 73, par. 1, of Switzerland’s Federal Code on Private International Law, worded as a rule of recognition. Indeed, it provides that “an act of acknowledgment of a child made abroad shall be recognized in Switzerland if it is valid in the State of habitual residence or citizenship of the child or in the State of domicile or citizenship of the mother or the father”. However, the two rules are different – and not only because Swiss law provides for more applicable laws, including connecting factors based on domicile. Indeed, the Swiss provision is limited to recognition, although the French one is also applicable to the establishment of a parentage link through an act of acknowledgment (*reconnaissance volontaire*). In the absence of parentage links already established, the applicable law under article 311-17 shall be implemented to check the conditions laid down by the designated law to ascertain parentage. Therefore, as decided by the French *Cour de Cassation*, a judge may have to verify, under the applicable foreign law, if the mention of the father’s name on the birth certificate of the child is sufficient to admit a voluntary recognition of paternity.¹⁵² Thus, it may be concluded that article 311-17, regarding its scope and its substance, partially includes a “recognition-oriented rule”.¹⁵³ In any case, the plurality of connecting factors surely favours the validity of foreign parentage status and consequently its cross-border movement.

pensatory allowance; Question (95) on registered partnership; Question (112) on tax effects under foreign partnership; Question (137) on filiation; Questions (115) and (158) on adoption; Question (179) on protective measures (example of *kafala*), in M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille*, *op. cit.*

¹⁴⁷ In particular, P. MURAT (ed.), *Dalloz Action Droit de la famille*, 7^e ed., 2016-2017, n° 512-62 et seq. on recognition of status in the field of conflict of laws, by M. FARGE.

¹⁴⁸ On this theory and its origins, see D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, *op. cit.*, n° 572 et seq.

¹⁴⁹ See Court of Appeal of Rabat, 24 October 1950, *Machet* (determination of a matrimonial property regime by application of the foreign conflict-of-laws system by the judge addressed), in *Grands arrêts du droit international privé*, *op. cit.*, n° 23.

¹⁵⁰ See in particular P. LAGARDE, “La reconnaissance mode d’emploi”, *op. cit.* p. 492. *Contra*, P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *op. cit.*, p. 565.

¹⁵¹ See Civ. 1^{re}, 14 April 2010, n° 09-14335.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ See also on the presumption of validity in case of (procedural) recognition (with a *de plano* effect) of a foreign public act of acknowledgement (*instrumentum*), Civ. 1^{re}, 12 January 1994, n°91-14.567 P. On that issue, see *supra*, mn 22.

2. Reactions in French law

46. The question of whether the liberalisation of recognition of status in Europe has influenced positive French law should receive a nuanced response. In examining the legislative changes in French PIL during the last ten years, no major attention has been explicitly drawn to recognition of status and no explicit rules of recognition have been created. At the same time, this trend of recognition of status was not totally ignored. Most often, an impact is certainly tangible but it is indirect or implicit. Indeed, new provisions allow or facilitate recognition of certain elements of civil status. It should also be recalled that French PIL already has different techniques to favour the cross-border movement of foreign situations. It compensates to some extent for the absence of explicit and direct rules of recognition.

A) No explicit rule of recognition (example of same-sex marriage)

47. Despite many opportunities, the French legislator did not adopt any rule of recognition for foreign status as concerns partnerships, family name, divorces or marriages, although these fields have been reformed during the last ten years. If some legislative changes are, however, favourable to cross-border movement of foreign status, as will be seen below (partnerships and name), others are not or, worse, they may be a source of non-recognition. This may be the case with the reform of marriage regarding in particular same-sex marriages.

48. In 2013, new rules on same-sex marriage were adopted in substantive family law, with specific provisions on conflict of laws.¹⁵⁴ No attention has been paid to recognition of foreign marriages in France. Nevertheless, it has been explained above that French law has already developed different techniques to favour the cross-border movement of foreign marriages in France, such as the “limited effect” of public policy or the equivalence theory. Even without any rule of recognition, the French legal order has been very liberal regarding polygamous marriages, as they may have civil effects in France, for a long time now.¹⁵⁵ By comparison, neither the EU¹⁵⁶ nor the Council of Europe and its court oppose national refusals to give effect to foreign polygamous marriages.¹⁵⁷

49. Then, the new provisions, by facilitating the conclusion of same-sex marriages in France for foreigners coming from countries that prohibit such marriages, do not take into account the issue of recognition abroad of such marriages.¹⁵⁸ This may certainly lead to conflicts between statuses, *i.e.* married *versus* not married, preventing a same-sex marriage performed in France from being recognised abroad, in particular in the country of origin of one or both of the spouses. Indeed, French law allows, pursuant to article 202-1, par. 2, French Civil Code, the creation of a marital status on the basis of a unique law (most often, in practice, French law) related to only one future spouse, *i.e.* his/her national law or his/her domicile law, while the prohibitive law of the other future spouse is purely ignored.¹⁵⁹ The French lawmaker was most probably fully aware of the negative impact of this provision on recognition of

¹⁵⁴ Articles 202-1 and 202-2 of the French Civil Code created by the “Loi n°2013-404 du 13 mai 2013”.

¹⁵⁵ See *supra*, mn 26 and mn 33.

¹⁵⁶ For instance, in the framework of EU immigration law, on the basis of directive 2004/38/EC. See also Communication of the European Commission, COM(2009) 313 final, p. 4.

¹⁵⁷ See EComHR, 6 January 1992, *Alilouch El Abasse v. Pays-Bas*, req. 14501/89 ; ECtHR, 6 July 2010, *Green et Farhat c. Malte*, req. n° 38797/07 (decision of inadmissibility), note L. D’AVOUT, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 665.

¹⁵⁸ On that topic, see ECtHR, 14 December 2017, *Orlandi e.s. v. Italy*, op. cit., and more globally on non-recognition of same-sex marriages in Europe, M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, Question (7).

¹⁵⁹ For an illustration, see Civ. 1^{re}, 28 January 2015, n° 13-50.059, ECLI:FR:CCASS:2015:C100096 (validity of a same-sex marriage between a French national and a Moroccan national, even though a bilateral convention on personal status between France and Morocco provided for a public policy exception, not applied by the French Court of Cassation, which judged that same-sex marriage is now part of the international public policy of France). On that decision, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, Question (6).

such marriages abroad. It is a political choice to favour the fundamental right to marry for all couples in France, regardless of cultural discrepancies worldwide.

50. In the European context, it should be noted that no particular political attention has been paid to the adoption of the Regulation (EU) n°2016/1191 on the circulation of public documents.¹⁶⁰ It did not give rise to new provisions in French law and, in practice, the public authorities concerned are used to implement ICCS conventions in the same area.¹⁶¹ However, when analysing the text of the regulation on public documents, scholars have pointed out the foreseeable impact, even if indirect, of the circulation of public documents organised by the regulation on recognition of status.¹⁶² From a technical point of view, it is easily understandable as the circulation of public documents implies (at a minimum) a presumption of probative force, which itself implies a presumption of validity of the legal situation contained within the document.¹⁶³ It may be the case, for instance, of a public document on marital status.

B) Recent rule favouring recognition of status (example of partnerships)

51. In 2009, the French legislator created a conflict-of-laws rule to designate the law applicable to international partnership, but the issue of recognition was not specifically covered by the new provision. Only a single conflict-of-laws rule was adopted pursuant to article 515-7-1 of the French Civil Code.¹⁶⁴ However, the choice of the connecting factor made by the French lawmaker is surely favourable to cross-border movement of partnerships, as the applicable law is the substantive law of the State where the partnership has been registered (*lex auctoris*). This provision should facilitate the admission of the validity of foreign partnerships in France, as this validity depends on the applied foreign law. In that sense, scholars have assessed the links between this new provision and the new method of recognition.¹⁶⁵ In practice, some requirements have to be fulfilled to give effect in France to a foreign partnership: proof of the partnership's registration abroad and translation by an official translator.¹⁶⁶ Moreover, a decision of a first-instance tribunal held that an English-law civil partnership has full legal effect in France, including tax law effects, pursuant to article 796-0 bis of the Tax Law General Code on taxation of inheritance and article 515-7-1 of the Civil Code.¹⁶⁷

52. However, the classic limit of public policy should apply and prevent a foreign partnership from being seen as valid in France and developing its effects there if the "partenarial" status would violate French fundamental values. This would surely be the case in relation to the Belgian type of partnership (*cohabitation légale*),¹⁶⁸ concluded between two brothers for instance, as *cohabitation* is open to all persons living together, even family members and without any obligation for a couple relationship. On the contrary, French law prohibits the conclusion of partnership between family members pursuant to

¹⁶⁰ OJ L 200, 26.7.2016. On the EU regulation in French doctrine, see E. BONIFAY, "La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l'adoption du règlement 'documents publics'", *JDI*, n° 2, April 2017, doctr. 7 ; E. PATAUT, "Et le statut personnel ?", *RTD eur.* 2016, p. 648.

¹⁶¹ See the state of ratifications of ICCS conventions for France on the website of the ICCS:

¹⁶² http://www.ciecl.org/SITECIEC/PAGE_Accueil/PC0AAJaQb1BESWxiWmZUVExzRE?WD_ACTION=_MENU&ID=A23&_WWREFERER_=http%3A%2F%2Fwww.ciecl.org%2F&_WWNATION_=5

¹⁶³ For Professor E. PATAUT, op. cit., "il est plus que probable que l'impact d'un tel règlement, malgré son ampleur apparemment limitée, sera beaucoup plus important à long terme. À partir du moment en effet où un acte d'état civil circule automatiquement d'un État membre à l'autre, il est plus que probable que les situations qu'il décrit ne seront remises en cause que dans des cas extrêmement rares et lourdement contentieux. [...] Ainsi, c'est probablement à une extension de la méthode de la reconnaissance qu'il faut s'attendre, même si c'est par un biais indirect", in "Et le statut personnel?", op. cit. In the same sense, see D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit., n° 624-3.

¹⁶⁴ Comp. *supra* on the articulation between recognition and registration, mn 19 et seq.

¹⁶⁵ Created by the "Loi n°2009-526 du 12 mai 2009".

¹⁶⁶ See, in particular, P. HAMMJE, "Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil", *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 483-491.

¹⁶⁷ See CH. BUTRUILLE-CARDEW, "Le pacte civil de solidarité et éléments d'extranéité", *AJ.fam.*, 2012, p. 528.

¹⁶⁸ TGI Bobigny, 8 June 2010, n° 09/03968.

¹⁶⁹ See Articles 1475 et seq. of the Belgium Civil Code.

article 515-2 of the French Civil Code, exactly as for marriage, on the basis of prohibition of incest. This is why a Belgian partnership between brothers, legally registered in Belgium, should not be accepted in France and not be allowed to produce any effect there.¹⁶⁹

C) Recent rule having the effects of a rule of status recognition (example of family name)

53. In 2016, among numerous legal changes aimed at modernising access to law and justice, the French lawmaker adopted new provisions on family name in the Civil Code.¹⁷⁰ The articles 61-3-1 and 311-24-1 aim to ensure the compliance of the family name of a person in France with his/her name registered abroad. This is the direct and concrete expression of the European caselaw in the field. In that sense, the circular of the French Justice Minister for judiciary members¹⁷¹ specifically mentions the *Garcia Avello* and *Grunkin-Paul* cases of the CJEU¹⁷² and the *Henry Kismoun v. France* case of the ECtHR.¹⁷³ France had to adapt its civil law to ensure the unity of family names for people in cross-border situations within the EU but also at international level.

54. As concerns article 61-3-1 of the French Civil Code, it takes part of the chapter related to name change. It provides that all persons registered both in the French Civil Status Registry (*i.e.* on the basis of the registration of a birth certificate) and in a foreign registry can ask the French registrar to modify the (French) name, in order to convert it into the (foreign) name acquired abroad. However, “in case of difficulties”, pursuant to the third paragraph of the provision, the registrar involves the Public Prosecutor, who can oppose the name change. How can this provision be understood in terms of PIL methods? Firstly, the rule forms part of transcription matters. This means that it is not directly a rule of recognition but it is part of the conflict-of-authorities methodology. Indeed, the validity of the name, as a legal situation constituted abroad *ex lege*, may, in theory, still be challenged in France. Only the mere public document, *i.e.* the *instrumentum*, circulates in France on the basis of the transcript. Secondly, as concerns the *negotium*, its validity is still submitted to conflict-of-laws rules; here, certainly, French law¹⁷⁴ regarding French nationals. In this context, the provision would fail to meet the objective of cross-border unity of status (*i.e.* one name in international context) if the validity is contested because of substantive differences in name between the foreign law applied abroad and the French applicable law. However, in practice, such action challenging the validity of the foreign name will not happen because, if the Public Prosecutor decides to refuse the transcript, he shall do it *ex ante*. But should he refuse the transcript in the case of presumed invalidity of the foreign name under French law? Certainly not, in our opinion, otherwise the new provision would be an empty shell. Therefore, the new article 61-3-1 has the effect of a recognition rule, setting aside the conflicts-of-laws reasoning. The only acceptable limit should be the public policy exception, supplemented by the “limited effect” theory (*effet atténué de l'ordre public*).

55. As concerns article 311-24-1 of the French Civil Code, it is part of the chapter related to the attribution of the child’s name, and specifically concerns children born outside of France but with at least one parent who has French nationality. It provides that the transcript of the foreign birth certificate shall keep the name as acquired abroad and mentioned in the foreign birth certificate. However, the parents of

¹⁶⁹ On that analysis, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, Question (95).

¹⁷⁰ V. “Loi n°2016-1547 du 18 November 2016” (article 57), which creates the new articles 61-3-1 and 311-24-1 of the French Civil Code.

¹⁷¹ Circulaire du 26 July 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n° 2016-1547 du 18 Nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, NOR : JUSC1720438C

¹⁷² CJEU, 2 October 2003, *Garcia Avello*, Case C-148/02 and CJEU, 14 oct. 2008, *Grunkin Paul*, Case C-353/06.

¹⁷³ ECtHR, 5 December 2013, *Henry Kismoun v. France*, req. n° 32265/10. On that decision, see C. DOUBLEIN, *AJ fam.* 2014, p. 194.

¹⁷⁴ The connecting factor for the name is not clearly established under French conflict-of-laws rules. An uncertainty exists, depending on the situation, between the law of the nationality and the law applicable to the effects of the status (marriage, parentage, etc) on which the name depends. See D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit., n°623 et seq.

the child can choose French law as applicable law to the attribution of the child's name. Thus, this provision is more complex than the previous one. First, it provides for the same recognition effect pursuant to article 61-3-1, without being directly a rule of recognition, but being part of the conflict of authorities. However, the difference between the two provisions here is that no pre-existing name was registered as the child has just been born abroad. Consequently, to comply with European caselaw mentioned above, article 311-24-1 imposes the transcript of the foreign name as it was attributed. In principle, as a transcription rule, the validity of the name (*i.e.* the *negotium*) may still be challenged. But, contrary to article 61-3-1, par. 3, no specific intervention of the Public Prosecutor is mentioned. In any case, as stated above, a request concerning the invalidity of the name seems to be very unlikely. Secondly, article 311-24-1 provides for a limit to the automatic transcript of the name of origin: the parents can express a different will, in favour of French law on name (assuming it provides for a different substantial solution). In that sense, the provision makes room for private autonomy.¹⁷⁵ An implicit and indirect choice of law regarding the child's name attribution is offered between the foreign law designated by the conflict-of-laws rule of the birth State and French law as the law of the nationality of the child.¹⁷⁶ This possibility complies with European caselaw; private autonomy is indeed a natural complement to recognition of status.¹⁷⁷

3. Reactions in French judicial practice

A) In the field of procedural recognition (example of older minors' adoption)

56. As mentioned above, in 2007, an important reversal of decision came from the French *Cour de Cassation*, on the traditional recognition of judgment,¹⁷⁸ outside the scope of EU PIL. This change was partly read by some academics in the light of the new trend of recognition of status.¹⁷⁹ The decision had modified the enforcement-of-foreign-judgments regime (*exequatur*): the French court deleted the control of the indirect legislative competence.¹⁸⁰ This means that French courts are no longer allowed to make the recognition of a foreign decision conditional on the similarity of the law applied to the case by the foreign court to the law designated under French conflict-of-laws rules¹⁸¹. The setting-aside of conflict of laws in the enforcement proceedings is, indeed, similar to the new methodological approach of recognition of status. In that sense, this judicial development is perfectly in line with this context of the gradual erosion of the conflict-of-laws paradigm.¹⁸² Nevertheless, the existence of a judgment in the former case (*i.e.* in the context of procedural recognition) may justify *per se* the withdrawal of conflict of laws, as modern conflict of laws is not yet to be seen as a sovereignty dispute. On the contrary, in the latter case, only a foreign legal situation created *ex lege* exists and the issue is that of its validity in the *forum*.

57. Some other developments in favour of status recognition in the field of conflict of jurisdictions may be expected in the near future, regarding the increasing influence of fundamental rights and the regular uses of such legal bases, principally under the ECvHR by French courts. It is true that, for now, French caselaw offers more examples of refusal of recognition based on the fundamental rights argument. That is the case, for instance, of foreign *talaq* (*repudiation*) under article 5 of Protocol 7 of ECvHR, which

¹⁷⁵ This is remarkable since private autonomy traditionally exists only in French conflict-of-laws rules on patrimonial family matters.

¹⁷⁶ In fact, the child will be a French national if one of his parents is French.

¹⁷⁷ See, for instance, J.-J. KUIPERS, "Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law", *Eur. J. Legal Stud.* 66 (2008-2010).

¹⁷⁸ Civ. 1^{re}, 20 February 2007, *Cornelissen*, n°05-14082.

¹⁷⁹ See, in particular, B. ANCEL ET H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420; M.-L. NIBOYET, "L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le « grand arrêt » Cornelissen du 20 février 2007)", *Gazette du Palais*, 3 May 2007, n° 123, p. 2.

¹⁸⁰ On the full regime, see *supra* mn 10 and mn 56.

¹⁸¹ However, such a control remains if an international (bilateral) convention applicable in France provides for it. In that sense, see Civ. 1^{re}, 22 June 2016, n° 15-14.908. On this case, see CH. CHALAS, "Le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger selon la convention France-Émirats Arabes Unis du 9 septembre 1991", *Rev. crit. DIP* 2017, p. 82.

¹⁸² In that sense, see D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 1, op. cit., n° 280, p. 329.

lays down the equality principle between men and women.¹⁸³ In this context, in the field of adoption, the refusal of French judges to give effect to the foreign adoption of adults or older minors (15 years old or more under French law) is questionable¹⁸⁴ and should be seen as contrary to article 8 ECvHR¹⁸⁵ and to the caselaw of the ECtHR.¹⁸⁶ Even if French law refuses to pronounce adoptions of children aged 15 years and older under article 345 of the French Civil Code,¹⁸⁷ the foreign status, legally created abroad, should be seen as valid in France thanks to the theory of the “limited effect” of public policy (*effet atténué de l'ordre public*).¹⁸⁸ Unfortunately, in practice, the issue is often linked to the acquisition of French nationality based on parentage under article 20-1 of the French Civil Code, and this largely explains, for political reasons, the refusal of international circulation of personal status in this particular case.

B) In the field of conflict of authorities (examples of surrogacy and co-motherhood)

58. Over the past decade, recognition of status attracts much attention in the matter of surrogacy, and French courts were, and still are, on the front line. The legal issue deals with the recognition in France of the parentage links established abroad between children born from a gestational surrogacy and their intended parents.¹⁸⁹ Since surrogacy is prohibited in France,¹⁹⁰ such a link is, in principle, null and void.¹⁹¹ In the past few years, the French *Cour de Cassation* consequently refused to authorise the transcript of foreign birth certificates of children born after a gestational surrogacy, even if it was fully allowed in the country of origin.¹⁹² As the French judicial position was condemned by the ECtHR on the grounds of violation of the right to respect for family life as concerns the child,¹⁹³ the Assembly of the *Cour de Cassation* reversed its jurisprudence to comply with the fundamental right at stake.¹⁹⁴ The registration of biological intended fatherhood is now allowed.¹⁹⁵ However, the judicial reasoning is not based on a rule of recognition, as French law has none, but on article 47 of the French Civil Code which only provides for the probative force of foreign civil status.¹⁹⁶ This means that only the foreign public

¹⁸³ In particular, Civ. 1^{re}, 14 May 2014, n° 13-17.124, ECLI:FR:CCASS:2014:C100523. See M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, Question (66).

¹⁸⁴ See C.A. Rennes, 23 October 2012, n° 11/07771 (unenforceability in France of a foreign judgment on an older minor's adoption, which means under French law 15 years or older, on the basis of public policy violation).

¹⁸⁵ On that sense, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, Question (158).

¹⁸⁶ In particular, ECtHR, 3 May 2011, *Negrepointis*, req. n° 56759/08.

¹⁸⁷ Mainly for the reason that integration in the new country (France) may be harder for older minors than for younger children, especially babies.

¹⁸⁸ On this theory, see *supra*, n° 11.

¹⁸⁹ As a legal strategy to subvert the prohibition of parentage based on surrogacy, some parents tried to establish the filiation in France even if the child had been born abroad and already had parentage links. See, for instance, Civ. 1^{re}, 13 September 2013, n° 12-30.138 (acknowledgment of paternity) and Civ. 1^{re}, 6 April 2011, n° 09-17.130 (*de facto* enjoyment). On these cases, see M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 802 (and more globally *Question 136* on the issue of establishment of a parentage link for children born abroad from a gestational surrogacy pursuant to French conflict of laws).

¹⁹⁰ Article 16-7 of the French Civil Code.

¹⁹¹ In a purely domestic situation/case: Ass. plén., 31 May 1991, n° 90-20.105 (refusal of the full adoption of the child born by gestational surrogacy by the intended mother on the basis of the principle of inalienability of the human body and of the principle of the non-availability of civil status).

¹⁹² The decisions were based on different grounds such as the exception of fraud or public policy. See, for instance, Civ. 1^{re}, 13 September 2013, nos. 12-30138 and 12-18315; Civ. 1^{re}, 19 March 2014, n° 13-50005

¹⁹³ ECtHR, 26 June 2014, *Mennenson v. France*, req. n° 65192/211 and *Labassée v. France*, req. n° 65941/11. To comply with the judgment handed down by the ECtHR, the new decisions of the French Court of Cassation: Ass. plén., 5 oct. 2018, n°10-19.053 and n° 12-30.138.

¹⁹⁴ Ass. plén., 3 July 2015, n° 14-21.323, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00619. See Question (137), in M. CRESP (COORD.), J. HAUSER, M. HO-DAC (COORD.), S. SANA, *Droit de la famille, op. cit.* See also Civ. 1^{re}, 5 July 2017, n° 16-16901 and n°16-50025 ECLI:FR:CCASS:2017:C100825 (the use of surrogacy in a foreign country does not imply the refusal of transcript of the foreign birth certificate which complies with the reality, *i.e.* biological fatherhood, under article 47 of the French Civil Code).

¹⁹⁵ ECtHR, 10 April 2019, Advisory Opinion. On this opinion, see H. FULCHIRON, “Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'Homme: un dialogue exemplaire?”, *Recueil Dalloz* 2019, p. 1094.

¹⁹⁶ On this provision, see *supra*, mn 21.

document (i.e. *instrumentum*), generally a foreign birth certificate, is accepted in the French legal order. In theory, the private situation within the public document (i.e. *negotium*), namely here the fatherhood, might still be challenged based on conflict of laws.¹⁹⁷

59. Still in the context of surrogacy the motherhood related to the intended mother also gave rise to difficulties in term of recognition, as she is not the one who gives birth in the sense of the French legal conception of motherhood.¹⁹⁸ The French *Cour de Cassation* decided to consult *ex ante* the European Court of Human Rights (ECtHR) under the new Protocol 16, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother.¹⁹⁹ In its advisory opinion, the ECtHR held that “*the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the European Convention on Human Rights requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the ‘legal mother’ [but it] [...] does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used*”²⁰⁰. Against this background, the implementation of article 47 of the French Civil Code was in no way called into question, and its implementation remains the first way to accept or refuse the legal effects of a foreign parentage in the French legal order (i.e. its probative force related to the *instrumentum* and its presumption of validity regarding the *negotium*). As concerns the motherhood of the intended mother, at least when she is not the biological mother (as oocyte retrieval is possible in the surrogacy process), a refusal to provide a transcript of the public document on the maternity link is consistent with article 8 of the ECvHR. At the same time, the establishment of a maternity link with the intended mother should be possible through means other than the legal parenthood (*filiation par l’effet de la loi*).²⁰¹ Adoption of the child is a possibility, which complies with the right to respect for the private life of the child.²⁰² With this solution, the French legal system proceeds in terms of (a kind of) adaptation. Nevertheless, first under very specific circumstances²⁰³ and then more globally,²⁰⁴ the French *Cour de Cassation* decided to extend the scope of the ECtHR opinion in favour of a “holistic approach” of transcription for all parents – biological or not –. It echoed the recognition trend. The French Court held that “*in the presence of an action for transcription of the child’s foreign birth certificate, which is not an action for recognition or establishment of filiation, neither the fact that the child was born as a result of a surrogate motherhood agreement nor the fact that this certificate designates the child’s biological father and a second man as the father constitute obstacles to the transcription of the certificate in the civil status registers, when the latter is conclusive within the meaning of Article 47 of the Civil Code.*”²⁰⁵ The same reasoning was applied in favour of the intended mother.²⁰⁶ However, as explained above, the French lawmaker put an end to that liberal app and amended article 47. The revised provision lays down, more precisely, that “the reality [of the facts stated in the public document] is to be assessed according to French law”. Since French law prohibits surrogacy, neither the intended second father (in a same-sex couple) nor the intended mother (who did not give birth to the child) could in theory be mentioned as second parent of the child by transcription into the civil status registers. However, co-motherhood has very recently been introduced pursuant to

¹⁹⁷ See *supra*, mn 22.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Ass. plén., 5 October 2018, n°10-19.053.

²⁰⁰ Gr. Ch., ECtHR, 10 April 2019, req. n° P16-2018-001.

²⁰¹ The solution should be different if the surrogacy takes place in France (i.e. in a purely domestic situation) as it is prohibited and punished by criminal sanctions (Article 16-7 of the French Civil Code and Articles 227-12 et seq. of the French Penal Code).

²⁰² Already allowed by the Court of Cassation *in Civ. 1^{re}*, 5 July 2017, n° 16-16.455 et n° 16-16.901, op. cit.

²⁰³ Regarding a litigation lasting more than fifteen years (the *Menneson* case), as no other solution was possible to establish the parentage without violating article 8 of the ECtHR, Ass. plén., 4 October 2019, n° 10-19.053, op. cit.

²⁰⁴ *Civ. 1^{re}*, 18 December 2019, n° 18-11.815 (for co-fathers) and *Civ. 1^{re}*, 18 mars 2020, n°18-15.368 (for co-mothers).

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Civ. 1^{re}*, 18 March 2020, n°18-15.368 (op. cit.).

article 342-10 of the Civil Code, in the context of medically assisted procreation which is now open up for women couples (or single women) but not co-parentage by same-sex parents. Consequently, the transcription of a co-motherhood could now be valid in France. The reference to French law pursuant to Article 47 is not fully clear; it seems to create a substance rule based on French family law. It could be problematic in the EU legal context, since the freedom of movement includes a presumption of equivalence in favour of civil status records under the CJEU case-law.²⁰⁷ And more recently, the CJEU has gone further ruling that free movement of EU citizen provides for the Member State of origin of a child (from which he/she obtained the nationality) “to recognise, as any other Member State, the document from the host Member State that permits that child to exercise, with each of [the] two persons [of same-sex designated as his/her parents] the child’s right to move and reside freely within the territory of the Member States”, although this Member State as others do not allow co-motherhood (or co-fatherhood).²⁰⁸ This ruling will undoubtedly limit the implementation of the new wording of article 47 of the French Civil Code –regarding co-fatherhood– in the context of EU recognition of personal status.²⁰⁹

60. The issue of co-motherhood could also be addressed in the context of recognition of status, as other countries have been allowing this new form of parentage as illustrated by the (above-mentioned) *Pancharevo* Case.²¹⁰ French court may be soon confronted with the request of a co-mother. For the record, adoption by a same-sex married spouse has been allowed since 2013 in France,²¹¹ and co-motherhood has very recently been introduced pursuant to article 342-10 of the Civil Code. Consequently, the recognition of a co-motherhood legally created abroad (in Belgium for instance) could now be accepted in France. The French registrar should now accept to register a foreign birth certificate with two women as legal parents, as this does not reflect the “reality” under French law as imposed pursuant to article 47 of the French Civil Code. Within the EU judicial area, this would be in the recent CJEU caselaw based on the freedom of movement of EU citizens.²¹² However, what about co-fatherhood? Since there is no French provision which allows this family status, the recognition of co-fatherhood legally created abroad will not be accepted. The French registrar would surely refuse to register a foreign birth certificate with two fathers as legal parents, as this does not reflect the “reality” under French law. This may of course be seen as a discrimination prohibited under the ECvHR pursuant to articles 8 and 14.

61. Many issues will therefore still need to be resolved in order to clarify and strengthen the international recognition of personal status from the specific point of view of the French legal order and by relying on the significant and progressive influence of European law.

²⁰⁷ CJEU, 2 December 1997, *Dafeki*, C-336/94.

²⁰⁸ CJEU, 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, op. cit. (operative part).

²⁰⁹ L. PAILLER, À propos de l’article 7 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *op. cit.*, p. 1929.

²¹⁰ See also M. CRESP, “La co-maternité en droit français”, *Les Petites Affiches*, 16 April 2018, n° 76, p. 14 ; H. FULCHIRON, Pour un *aggiornamento* des règles applicables aux « nouvelles » familles, *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1083; C. NEIRINCK, “De la comaternité”, *Dr. famille* 2015, repère 3.

²¹¹ Loi n° 2013-404 op. cit., article 6-1 (adoption but exclusion of non-adoptive parentage for same-sex couple) and art. 345-1, 1° of and 360, al. 3, the French Civil Code (adoption by one spouse of the child of the other spouse).

²¹² CJEU, 14 December 2021, *Pancharevo*, C-490/20, op. cit.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: CROATIA*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: CROACIA

TENA HOŠKO

*Department of Private International Law
Faculty of Law of the University of Zagreb*

ORCID ID: 0000-0002-6745-0351

Recibido: 15.12.2021/Aceptado: 21.01.2022
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6747>

Abstract: Recognition of status is becoming a more and more important topic in private international law. New methods develop as case law of the CJEU and ECtHR strengthens the recognizability of a status acquired abroad. This development is also seen in Croatian legislation and is elaborated in the Croatian legal theory, notwithstanding the fact that the Croatian legal system was so far not in the focus of the CJEU's or ECtHR's case law. This report demonstrates the current state of play and recent developments concerning status recognition in Croatia.

Keywords: status acquired abroad, status recognition, Croatian law.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado croata cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Croacia.

Palabras clave: estatuto personal, reconocimiento de una situación relativa al estatuto personal, Derecho de Croacia.

Summary: I. Introduction. II. General. 1. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice. 2. Grounds for recognition/acceptance. III. Methods. 1. Traditional recognition. A) Automatic recognition of foreign decisions. B) Recognition procedure for foreign decisions. 2. Recognition by PIL Rules. 3. Registration as opposed to recognition. IV. Formal Requirements. 1. Traditional Recognition. 2. Recognition by PIL Rules. V. Substantive Requirements. 1. Traditional recognition. 2. Recognition by PIL Rules. VI. Reception v transformation. 1. Effects of the recognition or acceptance. 2. Transformation of an "unknown" status. VII. Conflicts. VIII. Conclusion.

*El This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference "La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne" in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL / M. MELCHER, "Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 1, 2022.

I. Introduction

1. Recognition of status has not yet been widely discussed in Croatian legal theory from the European Union (hereinafter: EU) and human rights perspective. One of the reasons is the fact that Croatia's EU membership is rather short and the other is probably to be found in the fact that none cases involving Croatia have been decided by international courts in this area. Still, some discussion is present, and what is more, some legislative steps have been taken in order to facilitate cross border recognition of status as it will be shown in this report.

II. General

1. Awareness in academia, politics, judicial and administrative practice

2. Academic discussion regarding the recognition of status in Croatia is not very vivid. The issue is debated in some articles and edited monographies whereas general private international law is mostly silent on the issue. It has to be noted though, that major textbooks in the field of private international law were published a while ago, when the discussion was not so much in the focus. Before accession to the EU, in May 2013 an edited book *Europsko obiteljsko pravo* (European family law) was published. It discusses different family law areas, including different status issues (adoption, name, marriage, personal status in general).¹ Also, several articles on specific topics were published either before or after the EU accession – e.g. name², registered partnership³, adoption⁴, surrogacy⁵, gender⁶. The articles mostly provide an internal Croatian perspective, and sometimes they generally discuss the European or international perspective. Most of them do not elaborate the issue of cross-border status recognition. Older legal theory discusses status recognition only with respect to recognition of foreign personal status decisions.⁷ The discussion is thus low to intermediate.

3. Croatia is the youngest EU Member State. It only acceded to the EU on 1 July 2013. Due to EU accession, Croatian legal system changed to a certain extent. This is also evident in private international law. This area, however, is mostly regulated by directly applicable regulations. Since they do not need any implementation, Croatian private international law legislation did not undergo any transformation

¹ N. BODIROGA-VUKOBRAT ET AL., *Europsko obiteljsko pravo [European Family Law]*, Zagreb, Narodne novine, 2013.

² M. ŽUPAN, "Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime - novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu [Choice of Law For Personal Name - Novelty of Croatian Private International Law Act]" in T. DESKOSKI, *Recent trends in European Private International Law – Challenges for the national legislations of the South East European countries*, Skopje, Pravni fakultet Justinijan I, 2011, pp. 179-191; I. MEDIĆ, "Right to personal name and Croatian legal framework - de lege lata and de lege ferenda" in M. ŽIVKOVIĆ, *4th balkan Conference Proceedings: Personal Name in International Law and Private International Law*, Niš, Faculty of Law, University of Niš, 2016, pp. 71-89; M. ŽUPAN, "Identity of a child in cross-border legal transit (naming law at focus)" in Z. PAVLOVIĆ, *Yearbook - Human Rights Protection: Protection of the Rights of the Child "30 Years After the Adoption of the Convention on the Rights of the Child"*, Novi Sad, Provincial Protector of Citizens - Ombudsman ; Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade, 2019, pp. 545-565.

³ M. ŽUPAN, "Temeljna ljudska prava i prekogranične životne zajednice – registrirano partnerstvo u fokusu [Fundamental Human Rights and Cross-border Life Unions – Registered Partnership in Focus]", in T. VARADY ET AL., *Liber amicorum Gašo Knežević*, Belgrade, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Udruženje za arbitražno parvo, 2016, pp. 142-166.

⁴ T. HOŠKO, "Priznanje stranih sudskih odluka o posvojenju [Recognition of Foreign Adoption Orders]" in H. ŠIKIRIĆ ET AL., *Zbornik radova Zagrebačko-skopskog kolokvija*, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2015, pp. 91-109.

⁵ M. ŽUPAN, V. PULJKO, M. SUKAČIĆ, "Međunarodni ugovori o zamjenskom majčinstvu – nestaje li paradigma mater semper certa est? [International Contracts on Surrogate Motherhood – Has the Mater Semper Certa Est Paradigm Been Disappearing?]", *Pravni vjesnik*, vol. 23, n. 2, 2013, pp. 7-20; A. ČULO MARGETIĆ, B. PRELOŽNJAK, I. ŠIMOVIĆ, "Presumption of motherhood on the crossroad of surrogacy arrangements in EU" in: D. DUIĆ, T. PETRAŠEVIĆ, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Osijek, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, 2019, 778-802.

⁶ D. JAKOVAC-LOZIĆ, L. KRALJEVIĆ, "Prava osoba promijenjenog spola razmatrana u svjetlu čl. 8. i 12. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda [Rights of Transsexual Persons with Regard to Articles 8 and 12 of the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]", *HPR*, n. 9, 2006, pp. 75-85.

⁷ E. g. V. TOMLJENIĆ, *Priznanje stranih sudskih odluka u statusnim stvarima [Recognition of Foreign Court Decisions in The Matters of Status]*, master thesis, 1985.

until recently. The Republic of Croatia has passed a new Private International Law Act (hereinafter: PILA) in October 2017 and it came into force on 29 January 2019.⁸ The new Act has been long overdue since the act previously in force has been transposed into the Croatian legal system after Yugoslavia fell apart. The Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (hereinafter: Resolution of COL Act) has thus been in force since 1991 in the independent Croatia.⁹ However, already in 1982 it became the federal Yugoslavian general private international law Act. After the dissolution of Yugoslavia, the Act was transposed as a national Private International Law Act of each former federal state. The Resolution of COL Act only contained rules on recognition of foreign decisions and no other means of recognition were explicitly mentioned. Recognition of personal status decisions demanded not only general, but also specific recognition prerequisites. The new PILA encompasses some other issues regarding the recognition of status like recognition of marriage and same-sex partnerships. However, the new Act only applies to legal relationships that occurred and procedures that commenced from 29 January 2019 onwards.¹⁰ Any legal relationship occurring beforehand will be regulated by the Resolution of COL Act which still makes it an important source of law.

4. Besides the new PILA, several other legislative steps have been taken with regard to (recognition of) status. The Act on Life Partnership between Persons of Same Sex includes provisions dealing with recognition of (certain) effects of foreign same sex partnerships or marriage.¹¹ The amendment to the Act on State Records in 2013 amended rules on change of gender, i.e. the procedure for entry into the records.¹² With respect to the Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents a decision has been issued on nomination of three central authorities – Ministry of Justice, Ministry of Internal Affairs and Ministry of Administration. No further implementing legislation has been passed or is planned.¹³

5. There is no widely known judicial or administrative discussion with respect to status recognition. It has to be noted that only a portion of Croatian case law is published, and case law is not a source of law in the Republic of Croatia. Still, lower courts are usually influenced by higher courts' rulings.¹⁴

6. Considering reasons that prompt recognition of status, older Croatian legal theory mentions several arguments in favour of recognition of foreign status, or better to say, recognition of foreign decisions in general. First, diminishing the number of disputes before domestic authorities.¹⁵ Second, respecting the interest of the state of origin.¹⁶ Third, the fact that states usually do not retain exclusive jurisdiction in a large amount of cases with an international element means that they respect international jurisdiction of foreign authorities and consequently their decisions as well.¹⁷ Fourth, improvement of international legal transactions.¹⁸ Last, interests of international cooperation and relations are mentioned, as well as efficiency of procedures and protections of parties' expectations.¹⁹ Newer theory also tackles the issues of status through the prism of human rights and CJEU and ECtHR case law.²⁰

⁸ Article 81 of the PILA, *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 101/2017.

⁹ *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 53/1991, 88/2001.

¹⁰ Article 78 of the PILA.

¹¹ *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 92/2014, 98/2019.

¹² *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 76/2013.

¹³ *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 68/2018.

¹⁴ H. ERNST, "General Introduction", in T. JOSIPOVIĆ, *Introduction to the Law of Croatia*, Netherlands, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1-5, p 4.

¹⁵ I. GRBIN, *Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova [Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts]*, Zagreb, Informator, 1980, 10.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *Međunarodno građansko postupovno parvo [International Civil Procedural Law]*, Zagreb, Zgombić&Partneri, 2009, 420.

¹⁹ V. TOMLIJENIĆ, *op. cit.* n 8, p. 10; M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu [Commentary of the Private International and Procedural Act]*, Beograd, Nomos, 1991, p. 275.

²⁰ E. g. V. BOUČEK, *Europsko međunarodno privatno pravo u eurointegracijskom procesu i hramonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava [European Private International Law in the Process of Eurointegration and the Harmonization]*

7. Influence of the Court of Justice of the EU (hereinafter: CJEU) and European Court for Human Rights (hereinafter: ECtHR) case law is visible on the legislative level as well. E. g. the new PILA regulates the issue of the law applicable to the determination of a name in Article 18 for the first time and bases the conflict of laws rule on the German rule. The applicable law is the one of nationality, and Croatian nationality always has precedence before Croatian authorities when it comes to multi-nationals.²¹ If the marriage is concluded in Croatia, the persons may determine their surname either under the law of nationality of one of them or under Croatian law if one of them has habitual residence in Croatia. Legal custodians may determine the child's name also under the law of nationality of one of them or under Croatian law if one of them has habitual residence in Croatia. It must be noted that situations resembling *Garcia Avello*²² case or other problems with respect to recognition of foreign names will hardly occur in Croatia given the fact that Croatian Personal Name Act is very liberal – e.g. it does not limit the number of names or surnames a person might have.²³ The number of words in a name became unlimited in 2012 precisely due to obstacles the Act created for Croatian nationals that were married to foreign nationals whose surname consisted of more words.²⁴ The same Act also expressly prescribes that if a Croatian national changes his/her name in accordance with foreign law several times, the last change is noted in the state records without any special procedure.²⁵ In that manner the freedom of movement is strengthened since before the change Croatian nationals were obliged to go through as many name changes in Croatia as they went through abroad.²⁶

8. However, application of Croatian law to Croatian nationals used to cause some problems for the parties prior to entry into force of the PILA. Under Croatian law spouses can choose either of their surnames or any combination thereof,²⁷ but the problem arose in case of a female Croatian citizen that wanted to change her surname into a female version of her husband's (e. g. Navrátilová as female and Navrátil as male) allowed under the law of his nationality. Such a change was refused.²⁸ Under the new PILA the situation can be cured by choice of the law of the husband's nationality. What is still mentioned as problematic even under the new rule is lack of possibility of choice of one of the laws of nationalities in case of polypatrids (which will nonetheless be applied in case of EU citizens), lack of possibility of choice in case of change of name due to adoption, lack of regulation of change of surnames for same-sex partners and unfavourable results that might occur due to application of *renvoi*.²⁹

9. Regulation of the law applicable to companies is also influenced by the CJEU case law. For a long time, Croatian private international law has had accepted a combination of incorporation and seat theory. Under Article 17 of the Resolution of COL Act, the personal status of a company was determined by the law of incorporation. If the company had a statutory seat elsewhere and that law considered it its company, that was the law applicable to the personal status. The new PILA in its Article 19 accepts the incorporation theory. In that way, Croatian private international law respects the CJEU case law and there is no clash with the EU law from the Croatian perspective. The issue of the law applicable to the

of Croatian Private International Law], Zagreb, 2009, pp. 125-145; M. ŽUPAN, *op. cit.* n 3; I. MEDIĆ, *op. cit.* n 3, 83ff, 188; M. ŽUPAN, *op. cit.* n 4.

²¹ Article 3/2 of the PILA.

²² CJEU 2 October 2003, *Carlos Garcia Avello v Belgian State*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

²³ Article 2/2, *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 118/2012, 70/2017, 98/2019. Also S. WINKLER, "Pravo na osobno ime u praksi europskih sudova [Right to a Personal Name in the European Courts Case Law]" in N. BODIROGA-VUKOBRAT ET AL., *op. cit.* n 2, pp. 125, 127, 143; I. MEDIĆ, *op. cit.* n 3, pp. 73-77, 82.

²⁴ See explanation of the Proposal for the Personal Name Act, 2012, <https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/Arhiva//53.%20-%20202.pdf>, last accessed 31 July 2018.

²⁵ Article 6/5 of the Personal Name Act.

²⁶ F. STANIČIĆ, "Donosi li Prijedlog novog zakona o osobnom imenu preveliku liberalizaciju? [Does the Bill of the New Personal Name Act Bring Excessive Liberalisation?]", *Informativnik*, n. 60, June 2012, pp. 1-3, p. 1.

²⁷ Article 30 of the Family Act, *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 103/2015.

²⁸ See more in M. ŽUPAN, *op. cit.* n 3, pp. 182-183. Special rule on the law applicable to name did not exist under the Resolution of COL Rule but the competent authority applied *lex patriae* in that case without explaining thoroughly why. A viable explanation would be characterization of the law applicable to name as an issue within the general personal statute.

²⁹ I. MEDIĆ, *op. cit.* n 3, 86-88.

personal status of companies has been thoroughly discussed in Croatian legal theory through commentaries of CJEU rulings.³⁰

10. The new PILA also deals with several other areas of recognition of status for the first time in the Croatian legislation. The changes introduced surely are influenced by the CJEU and ECtHR case law. Such changes relate to the introduction of provisions on recognition of marriage and same sex marriage and partnership concluded abroad as well as change of prerequisites for recognition of foreign personal status decisions, i.e. elimination of special prerequisites for personal status decisions. Under the EU *acquis* the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex prescribes equality between same sex marriage/partnership and heterosexual marriage in terms of freedom of movement of EU citizens.³¹ In order to achieve that, same sex marriage and partnership between EEA citizens (or an EEA citizen and a third country national) validly concluded in an EEA Member State is equalised with heterosexual marriage in the freedom of movement area.³²

2. Grounds for recognition/acceptance

11. Grounds for status recognition are more or less unconnected to international obligations and EU law in the sense that foreign status is recognized notwithstanding its country of origin. Of course, status recognition originating from the EU Member State or a state with whom Croatia has concluded a bilateral agreement may be facilitated. Croatia has concluded several bilateral agreements that apply to recognition of foreign decisions with Bulgaria, Bosnia and Herzegovina, Czech Republic, France, Greece, Hungary, Poland, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia and Turkey.³³ However, some of the

³⁰ V. BOUČEK, “Osobni statut trgovačkog društva u Europskom međunarodnom privatnom pravu [Personal Statute of a Company in European Private International Law]”, *HPR*, n. 2, 2005, pp. 85-90; V. BOUČEK, “Presuda Cartesio i osobni statut trgovačkog društva - (dis)kontinuitet sudske prakse Europskog suda [Cartesio Ruling and the Personal Statute of Companies - (Dis)Continuity of the Judicature of The European Court]”, *HPR*, n. 10, 2009, pp. 58-67; S. PETROVIĆ, T. JAKŠIĆ, “The ECJ Ruling in Cartesio and Its Consequences on the Right of Establishment and Corporate Mobility in the European Union”, *European Journal of Law Reform*, vol. 12, n. 3-4, 2010, pp. 230-296; S. PETROVIĆ, T. JAKŠIĆ, “Right of Establishment and Corporate Mobility - An Outline of Issues”, *Zbornik PFZ*, vol. 62, no. 1-2, 2012, pp. 635-668; V. BOUČEK, Prekogranično preoblikovanje trgovačkog društva i sloboda poslovnog nastana u presudi Vale Europskog suda: a sada nešto (ne) sasvim drugo!? [Cross-Border Company Conversion and Freedom of Establishment in the Vale Judgment of the European Court of Justice: And Now Something (Not) Entirely New!?], *HPR*, n. 5, 2013, pp. 60-67.

³¹ In the explanation of the Proposal for the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex, 2013, EU law is specifically emphasized <https://vlada.gov.hr/UserDocImages/Sjednice/Arhiva/131.%20-%203.pdf>, last accessed 31 July 2018.

³² Article 74 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex.

³³ Agreement between FPRY and PR Bulgaria on Mutual Legal Assistance of 23 March 1956, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 1/1957, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 4/2002, Agreement between Yugoslavia and Greece on Mutual Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions of 18 June 1959, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 7/1960, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 4/1996, Agreement between Yugoslavia and Poland on Legal Relationships in Civil and Commercial Matters of 6 February 1960, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 5/1963, notification of succession *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 9/1995, Agreement between SFRY and Romanian PR on Legal Assistance of 18 October 1960, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 8/1961, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 1/2005, Agreement on Legal Assistance between Yugoslavia and SSSR on Legal Assistance in Civil, Family and Criminal Matters of 24 February 1962, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 5/1963, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 4/1998, Agreement between Yugoslavia and Czechoslovakia on Regulation of Legal Relationships in Civil, Family and Criminal Matters of 20 January 1964, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 13/1964, notification of succession with regard to Chechia and Slovakia, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 11/1997, Agreement between SFRY and PR Hungary on Mutual Legal Relationships of 7 March 1968, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)*

agreements actually make the recognition of foreign personal status decisions more difficult seeing that they provide for some additional prerequisites.³⁴ Also, steps have been taken in order to facilitate status recognition due to EU *acquis* as explained above.

12. Nowadays the status recognition is not dependent on the origin of the status, but Resolution of COL Act allowed refusal of recognition of foreign decisions stemming from countries with whom no reciprocity (either formal or factual) existed.³⁵

13. In any case, determination of the state of origin is discussed only with regard to determining whether a foreign decision is indeed a foreign one. In that regard a personal criterion is to be employed, i.e. the decision is foreign if it is issued by a foreign authority notwithstanding whether it was issued on Croatian territory.³⁶ What is crucial is the affiliation of the authority that issued the decision. Therefore, a decision on adoption issued by a Slovenian authority after dissolution of Yugoslavia was considered a foreign one.³⁷

14. It seems though that most bilateral treaties accept the territorial principle since under their rules a decision issued in the territory of one contracting state will be recognized in the territory of the other contracting state.³⁸

15. The main principle on which the recognition of status is based is the prevention of “limping statuses”. On the other hand, there is no universal principle on which refusal of recognition is based. Under the Conflict of Resolution Act, several personal status decisions concerning a Croatian national have been refused since the law applied substantially differed from Croatian law – decisions concerned adoption of an adult³⁹ and simple revocable adoption⁴⁰. This was allowed under Article 93 of that Act and refusal of recognition based on such a reason does not exist under the PILA. No other available case law deals with refusal of status decisions, but the public policy needs to be safeguarded even when foreign status is in question.⁴¹

no. 3/1968, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 13/1997, Convention between Governments of Yugoslavia and France on Recognition and Enforcement of Court Decisions in Civil and Commercial Matters of 18 May 1971, *Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette of the SFRY, international treaties and other agreements)* no. 7/1972, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 4/1996, Agreement between the Republic of Croatia and Republic of Slovenia on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters of 7 February 1994, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)* nos. 3/1994, 1/1997, Agreement between the Republic of Croatia and Republic of Macedonia on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters of 2 September 1994, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)* nos. 3/1995, 12/1997, Agreement between Government of the Republic of Croatia and Government of Bosnia and Herzegovina and Government of the Federation of Bosnia and Herzegovina on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters of 26 February 1996, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)* nos. 12/1996, 3/2008, Agreement on Legal Assistance in Civil and Commercial Matters between the Republic of Croatia and the Republic of Turkey of 10 February 1999, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)* nos. 15/2000, 10/2003.

³⁴ See *infra* n 81, 112, 113 and 126 and the accompanying text.

³⁵ Article 92 of the Resolution of COL Act.

³⁶ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 282, P. BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno i procesno pravo, Obrazloženje i komentar Zakona, Knjiga II. [Croatian Private International and Procedural Law, Explanation and Commentary of the Act, Book II]*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2003, p. 77; Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, p. 424.

³⁷ Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Rev 2539/1993-2 of 9 January 1996.

³⁸ Article 1/1 of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 49/1 of the Agreement with Poland of 1960, Article 50/1 of the Agreement with Romania of 1960, Article 48/1 of the Agreement with Russia of 1962, Article 50/1 of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 56/1 of the Agreement with Hungary of 1968, Article 17/1 of the Agreement with Turkey of 1999.

³⁹ Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Gž 27/1993-2 of 21 October 1993.

⁴⁰ Decision of the County Court in Zagreb, 34 Gž-4694/2014-2 of 17 October 2014.

⁴¹ For possible public policy violations, see *infra* n 99-105 and accompanying text.

III. Methods

1. Traditional recognition

16. Method of recognition is differentiated depending on the type of the status concerned. Traditional recognition concerns foreign judgments. They are recognised either automatically based on an EU or international obligation or through a special procedure by courts. In the recognition procedure the courts only employ a limited number of requirements when deciding on possible refusal of recognition. On the other side, recognition by PIL rules is possible in the area of names, companies and marriage/partnership concluded abroad.

A) Automatic recognition of foreign decisions

17. Automatic recognition of foreign decisions exists only in areas mandated by EU or international law. This is the case for the decisions under the Brussels IIbis Regulation⁴², Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Inter-country Adoption of 1993⁴³, Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children of 1996⁴⁴ as well as some bilateral treaties if the decision concerns the national of the state of origin that is a contracting party (agreements with Czech Republic, Greece, Hungary, Poland, Romania and Slovakia).⁴⁵ This could also be regarded as recognition due to an European/international obligation. Not that those decisions would not be recognised in Croatia otherwise, but the recognition is simplified and facilitated due to a European/international obligation.

B) Recognition procedure for foreign decisions

18. When no EU Regulation or international convention is in place, foreign decision will have to go through a recognition procedure.⁴⁶ It is a non-contentious procedure before a competent court of domicile of the person concerned or, if the person has no domicile in Croatia, any court that is competent *ratione materiae*.⁴⁷ Foreign status established in a foreign decision⁴⁸ is finally recognized by a court decision. When no recognition is finally decided by a Croatian court, the status may be recognized incidentally, with the effects just for that proceedings.⁴⁹ According to legal theory, exception to the rule are decisions on marriage and parentage since it is not allowed to incidentally deal with those issues in internal law.⁵⁰

⁴² Council Regulation (EC) 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, OJ L 338, p. 1.

⁴³ *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, nos. 5/2013, 13/2013.

⁴⁴ *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, nos. 5/2009, 8/2009.

⁴⁵ Article 10/1 of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 56/2 of the Agreement with Poland of 1960, Article 54/1 of the Agreement with Romania of 1960, Article 57/1 of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 65/1 of the Agreement with Hungary of 1968.

⁴⁶ Article 66/1 of the PILA.

⁴⁷ Article 72/1 of the PILA.

⁴⁸ One court case confirms that when a status was decided by a court decision, and that decision is to be recognized in Croatia, it needs to be submitted to the Croatian court and that submission cannot be substituted by a state record excerpt that confirms the status determined in the decision. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Gž 2/1993-2 of 17 February 1993.

⁴⁹ Article 72/2 of the PILA.

⁵⁰ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, 342. Article 55/2 of the General Administrative Procedure Act, *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 47/2009) provides that the question of existence of marriage and parentage will be resolved in a contentious procedure.

19. The major novelty in the new PILA is the abolishment of specific prerequisites designated for personal status decisions that existed under the old Resolution on COL Act. They were dependent on the nationality of the person in question. Under the new PILA there are no specific prerequisites for personal status decisions, only the general ones. Positive prerequisite that must be proven by the applicant is the declaration of finality of the decision and the foreign decision needs to be submitted.⁵¹ Negative prerequisites that will lead to refusal of recognition are the following ones: violation of the right to be heard, violation of exclusive jurisdiction of domestic authorities or exorbitant jurisdiction of foreign authority, existence of conflicting decision, violation of public policy.⁵²

2. Recognition by PIL Rules

20. Recognition by PIL rules is not discussed in Croatian private international law theory. It will most probably take place with respect to recognition of name,⁵³ personal law of companies and recognition of marriage and partnership.

21. In the area of personal names, Croatian PILA allows for application of Croatian law in several situations under Article 18 PILA. Firstly, if Croatian national is concerned and second, if it is chosen by the parties – that is allowed if one of the persons that are getting married in Croatia has habitual residence in Croatia or Croatian nationality or if one of the child's custodians has habitual residence in Croatia or Croatian nationality. At the same time Croatian internal law on personal name provides quite a wide autonomy and sets almost no limits which leads to a kind of party autonomy as a domestic-law-solution. E.g. the limits to changing of a name are the following: if it violates and endangers rights and obligations of others, if it violates legal order and public moral, if the suggested name is not a name in the sense of the Personal Name Act or if against the person who wants to change a name an *ex officio* criminal proceedings are in place.⁵⁴ At the same time, party autonomy as a conflict-of-laws solution is possible because surname change due to marriage concluded in Croatia can be made in accordance with foreign law of nationality of one of the spouses. Also, child's custodians can choose foreign law as applicable to the child's name if it is the law of nationality of one of them.⁵⁵

22. Party autonomy as a conflicts-of-laws solution is also accepted with regard to companies and marriage/registered partnership. The new PILA in its Article 19 accepts the incorporation theory which means that the company may choose its governing law by incorporation in a certain state.

23. Under the new PILA marriage concluded abroad would be recognized in Croatia if it was concluded in accordance with the law of that state.⁵⁶ The same is true for registered same sex partnership concluded abroad.⁵⁷ In that manner the choice of the place of conclusion/registration, which leads to de facto recognition, is possible.

24. It is interesting to note that under the PILA, there is no rule for recognition of heterosexual partnership/civil union concluded abroad. The reason is most probably in the fact that Croatian system does not recognize registered heterosexual partnership. The system, however, does recognize informal heterosexual partnership for persons living together for at least three years or less if they have a child

⁵¹ Article 67 of the PILA.

⁵² Articles 67-71 of the PILA.

⁵³ I. MEDIC, *op. cit.* n 3, p. 88 notices lack of recognition rules for personal names.

⁵⁴ Article 8 of the Personal Name Act.

⁵⁵ Article 18/1-2 of the PILA.

⁵⁶ Article 32/1 of the PILA.

⁵⁷ Article 39/2 of the PILA.

together.⁵⁸ The only rule dealing with “recognition” of such partnerships regulates that requirements for its conclusion and dissolution are governed by the law of the closest connection.⁵⁹ Thus, the PIL recognition might be employed.

3. Registration as opposed to recognition

25. In Croatia foreign public documents have to be legalised in order to be usable in Croatia.⁶⁰ Croatian authority may also seek clarification whether the authority acted within its competence.⁶¹ However, no provision regulates the situation of the Croatian authority finding out that the foreign one acted outside its competence. An exception to the rule on legalisation are documents originating from the Apostille Convention of 1961⁶² signatories that undergo a simplified procedure or states with whom Croatia has bilateral treaties on legal assistance⁶³ or states that do not require legalisation of Croatian public documents⁶⁴.

26. Foreign public documents relevant to the topic will usually concern state record excerpts regarding the birth/death, name, gender, marriage and registered partnership conclusion. If the status concerns a Croatian national, it will usually be entered into state records which is done on the basis of foreign state records excerpts. Legalised foreign public documents, when used in Croatia, have the same function as domestic public documents, i.e. they have evidentiary purpose.⁶⁵ Even though their purpose is only evidentiary, they are important in some areas of status recognition, e.g. recognition of marriage when recognition of evidentiary purpose of the foreign excerpt becomes relevant.⁶⁶ Such recognition could only be refused if it was contrary to public policy.⁶⁷ This, however, should not be equated with recognition of marriage. The proper interpretation would be that the recognition of marriage takes place notwithstanding registration, according to Article 32 PILA, and registration facilitates proof and diminishes potential administrative hurdles.

27. On the other side, it is unclear whether the change of gender occurring abroad could be entered into the state records. There are no rules providing such an entry, unlike for other information that are pertinent to state records such as birth, death, marriage and name⁶⁸. State records officer could apply those rules analogously given the fact that the change of gender is regulated, and such a state record entry is possible in Croatia. The change of gender has to be based on medical documentation drawn by experts listed by the Ministry of Health, but it can also be drawn up by a foreign expert.⁶⁹

⁵⁸ Article 11/1 of the Family Law Act.

⁵⁹ Article 38 of the PILA. The same rule applies to informal same sex partnerships – Article 39/3 of the PILA.

⁶⁰ Article 3 of the Act on Legalization of Documents in International Transactions, *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 53/1991.

⁶¹ Article 4/1 of the Act on Legalization of Documents in International Transactions.

⁶² *Službeni list FNRJ, međunarodni ugovori (Official Gazette of the FPRY, international agreements)* no. 10/1962, notification of succession, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 4/1994.

⁶³ Croatia has concluded such treaties with: Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Monte Negro, Chechia, France, Greece, Hungary, Italy, Macedonia, Poland, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia, Serbia, Turkey.

⁶⁴ Article 3/2 of the Act on Legalization of Documents in International Transactions.

⁶⁵ Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, p. 202.

⁶⁶ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 116.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Article 40 of the State Records Act, *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 96/1993, 76/2013, 98/2019; Article 6/5 of the Personal Name Act.

⁶⁹ Article 5 of the Rulebook on the Manner of Summoning Medical Documentation and Determining Conditions and Requirements for a Sex Change or a Life in a Different Gender Identity, *Narodne novine (Official Gazette)*, no. 132/2014.

IV. Formal Requirements

1. Traditional Recognition

28. Foreign status is recognized by means of traditional recognition when a foreign decision is concerned. Status that is created by a foreign decision will usually concern capacity, parentage, adoption, divorce/separation/dissolution. In order for the foreign decision to be recognized, it has to be issued by an authority that is authorised by the state.⁷⁰ It is neither expressly regulated nor discussed what happens in case that the foreign public authority acted outside its competence. Still, it is presumed that the authority issuing a decision is authorised to do so.⁷¹ The decision can be issued either by a court or other authority, but only if such a decision is equated with a court decision in the state of origin.⁷² Court settlements have the same status.⁷³ The PILA fails to mention a settlement concluded before a non-judicial authority. An appropriate interpretation of the Act would allow recognition of such a settlement as long as a state authority takes part in its conclusion and it therefore may become final as any other decision.⁷⁴ Thus, generally speaking, the involvement of public authority is required. On the other side, it is highly unlikely that a status that is completely unevicenced would be recognized in Croatia, even though such situations are neither debated nor have occurred so far, to the best knowledge of the author.

29. There are several formal requirements that need to be fulfilled in order for the decision to be recognised in accordance with Croatian law. The decision itself needs to be submitted, as well as confirmation of its finality in accordance with the law of the state of origin.⁷⁵ That means that if foreign law of the country of origin does not foresee finality as a quality of a particular decision, the application for recognition will be inadmissible.⁷⁶ Also, under the PILA refusal of recognition of a foreign decisions is possible if the Croatian authority has exclusive jurisdiction for the issue decided by that decision or if jurisdiction of the foreign court is exorbitant, or more precisely, if it is based only on presence of the respondent or assets in the state of origin which is not in direct connection with the subject matter of the dispute.⁷⁷ The old Resolution of COL Act provided that if the decision on personal status concerned the national of the state of origin, the exclusive jurisdiction of Croatian authorities would not be reviewed and would not form a reason to deny recognition of the decision.⁷⁸ Bilateral treaties regulate the issue of jurisdiction differently – some of them regulate that only the violation of exclusive jurisdiction of Croatian authorities leads to non-recognition⁷⁹ whereas the others regulate that the violation of the *Spiegelbildprinzip* leads to non-recognition.⁸⁰ Also, some bilateral treaties foresee that when a foreign decision is recognized, a confirmation that the person against whom the decision was brought has taken part in the proceedings must be submitted.⁸¹

⁷⁰ Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, p. 424.

⁷¹ Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, pp. 427-429.

⁷² Article 66/3 of the PILA. Confirmed with respect to a foreign adoption decision; decision of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Gž 27/1993-2 of 21 October 1993.

⁷³ Article 66/2 of the PILA.

⁷⁴ V. TOMLJENIĆ, *op. cit.* n 8, p. 33, M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 283.

⁷⁵ Article 67 of the PILA.

⁷⁶ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 286

⁷⁷ Article 69 of the PILA.

⁷⁸ Article 94 of the Resolution of COL Act.

⁷⁹ Article 46/1/a of the Agreement with Bulgaria of 1956, Article 50/a of the Agreement with Poland of 1960, Article 51/a of the Agreement with Romania of 1960, Article 21/1/2 of the Agreement with Slovenia of 1994, Article 21/1/2 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 21/1/2 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996.

⁸⁰ Article 2/a of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 49/b of the Agreement with Russia of 1962, Article 51/b of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 57/a of the Agreement with Hungary of 1968, Article 3/a of the Agreement with France of 1971.

⁸¹ Article 46/1/g of the Agreement with Bulgaria of 1956, Article 6/2/2 of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 53/3/b of the Agreement with Poland of 1960, Article 52/2/b of the Agreement with Romania of 1960, Article 52/b of the Agreement with Russia of 1962, Article 54/2/b of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 61/2/b of the Agreement with Hungary of 1968, Article 10/1/c of the Agreement with France of 1971, Article 22/2/2 of the Agreement

30. Translation is usually necessary which stems from a general rule that all procedures need to be conducted in Croatian language.⁸² An exception to the rule are the multilingual civil status records excerpts.⁸³

2. Recognition by PIL Rules

31. In the context of this type of recognition, it is interesting to observe status created without any public authority being involved. When it comes to statuses formed without a public authorisation, through contractual statements (e.g. contractual divorce or adoption), the issue is not much debated in Croatia. One stance holds that in such a situation the status is regarded as a legal relationship to which foreign law is applicable, of course, bearing in mind the public policy defence.⁸⁴ Another theoretician takes stance that such private agreements (contractual divorce) could be recognized as a foreign divorce decree if the state in which it was attained accepts it as a valid divorce. Hereafter, the contractual divorce should undergo through the typical recognition procedure.⁸⁵

32. It is interesting to note that spouses had problems with entering a marriage concluded in the Vatican City State into Croatian city records. Truly, Croatia has a bilateral agreement on legal questions with the Holy See.⁸⁶ Article 13/1 of that Agreement states that canon marriage will have civil effects according to Croatian law, but Croatian authorities and legal theory interpret this provision as only applicable to marriage concluded in Croatia.⁸⁷ Croatian couples married in a religious ceremony in Vatican therefore experienced some hurdles when wanting to record their marriage in Croatian state records.⁸⁸ Only recently one such marriage was recorded in the Croatian state records, but only due to effort of the Croatian ambassador that managed to acquire an excerpt from the state records of the Vatican City State. This is also elaborated in legal theory: marriage concluded abroad in a religious form is recognizable in Croatia but has civil effects in Croatia if it is entered into state records.⁸⁹

33. At the same time, Article 13/4 of the same Agreement states: “(4) Decisions of church courts on nullity of marriage and decisions of the Supreme Church Authority on a dissolution of matrimonial relations, must be handed over to a competent State court for applying civil effects to these decisions, in accordance with the provisions of Croatian law.”⁹⁰ It is unclear what the provision aims to regulate

with Slovenia of 1994, Article 22/2/2 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 22/2/2 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996, Article 19/2/b of the Agreement with Turkey of 1999.

⁸² Article 6 of the Civil Procedure Act, *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 53/1991, 91/1992, 58/1993, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 02/2007, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019; Article 14 of the General Administrative Procedure Act, *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 47/2009, 110/2021. With regard to a foreign decision whose recognition is sought it is an established practice that the foreign decision is formally translated. Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, p. 491.

⁸³ Croatia is a signatory to the Paris Convention of 27 September 1956 on the issue of certain extracts from civil status records for use abroad, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette SFRY, international and other agreements)*, nos. 9/1967, 4/1970, notification of succession *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 6/1994 and the Convention on the Issue of Multilingual Extracts from Civil Status Records of 18 September 1976, *Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi (Official Gazette SFRY, international and other agreements)*, nos. 8/1991, notification of succession *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, no. 6/1994.

⁸⁴ Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, p. 431.

⁸⁵ V. TOMLJENVIĆ, *op. cit.* n 8, pp. 45-46.

⁸⁶ Agreement between the Holy See and the Republic of Croatia on Legal Issues of 19 December 1996, *Narodne novine, međunarodni ugovori (Official Gazette, international agreements)*, nos. 3/1997, 8/1997.

⁸⁷ V. TOMLJENVIĆ, “The Canon Marriage - Revision of Croatian Family Law and Its Conflict of Laws Implications”, *Int'l Surv. Fam. L.*, 2003, pp. 107-124, pp. 122-123.

⁸⁸ Večernji list, 30 May 2017, <https://www.vecernji.hr/vijesti/nepotrebnabirokracija-hrvatska-ne-priznaje-vjencanje-u-va-tikanu-1173008>, last accessed 25 July 2018.

⁸⁹ V. TOMLJENVIĆ, *op. cit.* n 88, p. 123.

⁹⁰ Translation taken from V. TOMLJENVIĆ, *op. cit.* n 88, p. 109.

with its wording that the state court will “apply“ civil effects to these decisions. Legal theory emphasizes several reasons against automatic attribution of civil effects to religious courts’ decisions. These are the following: 1. lack of constitutional justification, that is, lack of state involvement in matters concerning marriage, 2. duality of religious and civil conclusion of the marriage should be mirrored in its dissolution, 3. generally, foreign decisions have to go through a recognition procedure in order to have effects in Croatia, 4. it is unclear which civil effects can be attributed to religious courts’ decision as they differ from the canon ones, 5. there are no implementing provisions, 6. lack of practical significance, 7. impairment of courts’ independence and equality before law.⁹¹ Therefore, it is suggested that such decisions could be considered as foreign ones and recognized as other foreign decisions.⁹² However, due to differences between canon and civil law with respect to dissolution of marriage, the public policy defense may come into play.⁹³ This stance is disputed given the fact that the church court decision could hardly be equated with a foreign state court decision as no state authority is involved.⁹⁴

V. Substantive Requirements

1. Traditional recognition

34. When it comes to recognition of foreign decisions, the PILA expressly prescribes that the recognition of a foreign decision will be refused if it is manifestly contrary to Croatian public policy,⁹⁵ same as all the bilateral treaties in force.⁹⁶ Interestingly enough, the Resolution of COL Act excluded the public policy review of foreign decisions on status of the nationals of the state of origin.⁹⁷ Literal interpretation could thus have led to recognition of foreign decisions that e.g. forces someone to marry or declares someone a slave. Therefore, it is necessary that the public policy review is present even in recognition of such decisions, i.e. *contra legem* interpretation for equity purpose needs to be employed.⁹⁸

35. When it comes to the extent in which the public policy defense is used, there are no decisions available regarding the issue. It is conceivable though that the public policy exception would be disused in regard to joint adoption of same sex couples and surrogacy since the two are not allowed under Croatian internal law. Even though joint same sex adoption is not allowed in Croatia, same sex partner of the biological parent of the child may, in certain cases, acquire parental care over the child. The effect of

⁹¹ V. TOMLJENIĆ, *op. cit.* n 88, pp. 115-117.

⁹² V. TOMLJENIĆ, *op. cit.* n 88, pp. 20-121, N. HLAČA, “Prestanak braka u aktualnoj pravnoj problematici - odnos kanonskog i civilnog prava [The cessation of marriage in the actual legal problem area-relationship between the canon and the civil law]”, *Riječki teološki časopis*, vol. 1. no.1., 2002, pp. 57-78, pp 62-63.

⁹³ V. TOMLJENIĆ, *op. cit.* n 88, pp. 120-121.

⁹⁴ A. UZELAC, “Od liberalizma do katolicizma: Neki aspekti pravnih odnosa između Crkve i države u Republici Hrvatskoj - novo pravno uređenje braka [From Liberalism to Catholicism: Some Aspects of the Legal Regulation of Church and State Relations in Croatia – The New Marital Law]”, *Zbornik PFZ*, vol. 49, no. 3-4, 1999, pp. 341-374, pp.371-372; M. Petrak, “Kanonsko pravo i hrvatski pravni sustav (II). Codex Iuris Canonici i suvremeno hrvatsko pravo [Canon law and the Croatian legal system (II) Codex Iuris Canonici and contemporary Croatian law]”, *Zbornik PFZ*, vol. 70, no. 5, 2020, pp. 675-708, p. 696.

⁹⁵ Article 71 of the PILA.

⁹⁶ Article 46/1/v of the Agreement with Bulgaria of 1956, Article 2/c of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 50/1/c of the Agreement with Poland of 1960, Article 51/c of the Agreement with Romania of 1960, Article 49/c of the Agreement with Russia of 1962, Article 51/e of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 57/c of the Agreement with Hungary of 1968, Article 4/b of the Agreement with France of 1971, Article 21/1/6 of the Agreement with Slovenia of 1994, Article 21/1/6 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 21/1/6 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996, Article 18/f of the Agreement with Turkey of 1999. Truly, some formulations in the treaties do not mention “public policy“ but “legislation”, “basic legislative principles”, “socio-economic system” or “Constitution and legal system”, but these notions should also be interpreted as the public policy clause. Đ. VUKOVIĆ, *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka koje su s njima izjednačene [Recognition and enforcement of foreign court decisions and other decisions equated with them]*, Banjaluka, Glas, 1986, pp. 258-259.

⁹⁷ Article 94 of the Resolution of COL Act.

⁹⁸ T. HOŠKO, *Posvojenje u međunarodnom privatnom pravu [Adoption in Private International Law]*, Ph. D. thesis, 2016, pp. 330-331.

this is very similar to simple adoption. This means that Croatian law does provide for a possibility that a child is raised by same sex parents. It is thus possible that the *effet atenué* of the public policy exception would allow recognition of joint same sex adoption of foreign nationals.⁹⁹ In case of Croatian nationals, public policy would have to be safeguarded more rigorously. Of course, general conclusions are tough to reach and the case to case analysis is necessary. It is questionable whether the *fraus legis*, if present, could be taken into account when assessing the public policy violation. Under the Resolution of COL Act there was a special *fraus legis* provision that prevented the application of foreign law referred to in order to circumvent application of Croatian law.¹⁰⁰ Since there was a special provision, it was considered that *fraus legis* could not have been regarded in the public policy violation context.¹⁰¹ Under the new PILA no special *fraus legis* provision exists which leads to a conclusion that fraudulent intention may be considered in the public policy violation context.¹⁰²

36. Whether public policy exception could actually be raised with respect to surrogacy is doubtful. The reason is twofold. First, the recognition of foreign surrogacy is usually not done in a specific court procedure but is just registered into state records. There is no express provision that would allow a public policy defense in that situation but legal theory argues that public policy can be used when evidentiary purpose of public documents is recognized¹⁰³. It is plausible that prohibition of surrogacy under Croatian law¹⁰⁴ could be considered to be a part of public policy. There is, unfortunately, no publicly known examples of the issue. The other reason is that the competent body, the civil register officer, will usually not be aware of the surrogacy at all. Entry of birth in surrogacy cases is usually based on a foreign state record excerpt that only mentions the intended parents and not the surrogate mother. At least this is the case in Ukrainian surrogacy arrangements, the state which is, according to information available in public, most popular for Croatian couples.¹⁰⁵

37. Also, recognition of a foreign decision will be refused if it was issued in a procedure in which the right to be heard of the person against whom the recognition is sought was violated.¹⁰⁶ The Resolution of COL Act also provided that there has to be reciprocity between the state of recognition and Croatia with respect to recognition of decisions, but that prerequisite is abolished in the new PILA. Under that Act reciprocity was presumed until proven otherwise and was not a requirement if the decision concerned a marital dispute or parentage or if recognition was sought by a Croatian national.¹⁰⁷

38. Finally, the Resolution of COL Act provided different prerequisites for recognition of foreign personal status decisions depending on connection (through nationality) of the person concerned with the state of origin. If the decision concerned a Croatian national, besides general negative requirements (violation of the right to be heard, violation of exclusive jurisdiction of domestic authorities, lack

⁹⁹ Ibid, pp. 273-275, 334-335.

¹⁰⁰ Article 5 of the Resolution of COL Act.

¹⁰¹ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 117; P. BOSNIĆ, *Hrvatsko međunarodno privatno pravo, Obrazloženje i komentar Zakona, Knjiga I. [Croatian Private International Law, Explanation and Commentary of the Act, Book I]*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 1999, pp. 49-50.

¹⁰² T. HOŠKO, "Novo uređenje međunarodnog privatnog prava u Hrvatskoj – Zakon o međunarodnom privatnom pravu [New Regulation of Private International Law in Croatia – Private International Law Act]", *Zakonitost*, vol. 1, no. 1, 2019, pp. 19-31, p. 22.

¹⁰³ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 116.

¹⁰⁴ Article 31 of the Act on Medically Assisted Reproduction, *Narodne novine (Official Gazette)* no. 86/2012.

¹⁰⁵ Telegram, 17 October 2017, <https://www.telegram.hr/price/moju-kecer-rodila-je-surogat-mama-iz-ukrajine-nisam-jedina-u-hrvatskoj-ali-sam-prva-koja-govori-za-medije/>, last accessed 30 July 2018.

¹⁰⁶ Article 68 of the PILA. This is also the case in bilateral treaties: Article 46/1/g of the Agreement with Bulgaria of 1956, Article 2/d of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 50/1/d of the Agreement with Poland of 1960, Article 51/d of the Agreement with Romania of 1960, Article 49/d of the Agreement with Russia of 1962, Article 51/c of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 57/d of the Agreement with Hungary of 1968, Article 4/c of the Agreement with France of 1971, Article 21/1/3 of the Agreement with Slovenia of 1994, Article 21/1/3 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 21/1/3 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996, Article 18/c of the Agreement with Turkey of 1999.

¹⁰⁷ Article 92 of the Resolution of COL Act.

of reciprocity, existence of conflicting decision, violation of public policy) the court would have had to refuse recognition of a foreign decision if Croatian law was to be applied under Croatian private international law and if the law applied substantially differed from Croatian law. Such a special prerequisite that allowed meritorious review was justified by the fact that status of a national is an important category of decisions to which *lex patriae* was usually to be applied.¹⁰⁸ The difference between the applied law and the Croatian law had to be substantial, concern rules that cannot be derogated from and should have not concerned technicalities, but substance.¹⁰⁹ Existence of this prerequisite lead to a review as to the substance to a certain extent. Case law shows that application of this prerequisite resulted in refusal of recognition of foreign decisions on adoption of an adult¹¹⁰ and simple revocable adoption¹¹¹ since such adoptions are not known in Croatia. The review of the merits is still possible under bilateral treaties in force when the decision concerns a Croatian citizen.¹¹² Even more, under two bilateral treaties, the prerequisite is independent of the nationality of the person concerned.¹¹³

39. If the decision concerned the national of the state of origin, some general prerequisites were not reviewed under the Resolution of COL Act: exclusive jurisdiction of Croatian authorities, public policy and reciprocity.¹¹⁴ If the decision concerned a person who neither is a national of the state of origin nor Croatia, the decision had to be recognizable in the state of the nationality of the person in question.¹¹⁵ This also allowed for review as to the substance if the foreign law so allowed. Deletion of special requirements from the new PILA is more than welcome as those requirements were sometimes making the recognition of status decision more difficult.

2. Recognition by PIL Rules

40. Under the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex a marriage/partnership between a Croatian national and a non-EEA state national concluded in a non-EEA Member State shall be equated with regard to “rights, obligation and status” with the life partnership under Croatian law.¹¹⁶ Similar rule is provided in the PILA. This means that even an unknown status – homosexual marriage – is recognised through transformation in Croatia.

VI. Reception v transformation

1. Effects of the recognition or acceptance

41. The question of effects of the status acquired abroad is mostly discussed with respect to foreign decisions. On the standpoint of the Croatian legal theory the foreign decision is equated with a domestic one regarding its effects, i.e. the law of the state of recognition is applicable to the effects.¹¹⁷

¹⁰⁸ V. TOMLJENIĆ, *op. cit.* n 8, p. 113.

¹⁰⁹ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 313.

¹¹⁰ Judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia, Gž 27/1993-2 of 21 October 1993.

¹¹¹ Judgment of the County Court in Zagreb, 34 Gž-4694/2014-2 of 17 October 2014.

¹¹² Article 8/1 of the Agreement with Greece on recognition of 1959, Article 55/1 of the Agreement with Poland of 1960, Article 55/1 of the Agreement with Romania of 1960, Article 50 of the Agreement with Russia of 1962, Article 56/1 of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 63/1 of the Agreement with Hungary of 1968.

¹¹³ Article 50/2 of the Agreement with Poland of 1960, Article 49/f of the Agreement with Russia of 1962.

¹¹⁴ Article 94 of the Resolution of COL Act.

¹¹⁵ Article 95 of the Resolution of COL Act.

¹¹⁶ Article 75 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex.

¹¹⁷ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 279; P. BOSNIĆ, *op. cit.* n 37, p. 77, Đ. VUKOVIĆ, E. KUNŠTEK, *op. cit.* n 19, 422.

42. The new PILA, as already mentioned, includes the rules on recognition of marriage and partnership concluded abroad. They will be recognized if they are validly concluded in accordance with the law of the state of conclusion.¹¹⁸ If the marriage is concluded between a same sex couple, it will be transposed into the domestic legal system by its transformation into life partnership.¹¹⁹ Therefore, the effects are governed; again; by Croatian law. Specific effects of marriage or partnership, e.g. personal and proprietary relationship between the spouses/partners, are governed by the applicable law as determined by the conflict-of-laws rules in force.

43. Formal registration is not necessary; there is no central database listing all the decisions or other forms of recognition of status acquired abroad. However, if the status concerns a Croatian national, it will usually be registered in state records.

44. When it comes to change of status in its state of origin, given the fact that finality of the decision is a prerequisite for its recognition, this will not happen as often with regard to decisions. However, if the decision is annulled in its state of origin, this shall be taken into consideration. The annulment act would then be prejudicially considered as suitable to have the same effects as in the state of origin.¹²⁰

2. Transformation of an “unknown” status

45. Transformation occurs with respect to same sex marriage concluded abroad. If a marriage is concluded between persons of same sex abroad, it will be recognized as life partnership of same sex couples that exists in Croatia.¹²¹ Croatia does not recognize same sex couples’ right to marry. What is more, in 2013 a referendum was held in which the citizens decided that the Constitutional definition of marriage reads: “Marriage is a life union between a woman and a man.”¹²² This highlighted that same sex couples are not allowed to marry in Croatia which was already determined by the Family Act. On the other hand, same sex couples can conclude a formal or informal union, so called “life partnership”. The main difference when it comes to the effects of life partnership when compared to marriage is that life partners have no right to jointly adopt children unlike married couples and heterosexual non-married partners.¹²³

46. Also, the new PILA for the first time allows for conversion from simple to full adoption if the necessary consents have been given and this is in accordance with the best interest of the child.¹²⁴ This provision was prompted by Article 27 of the Hague Adoption Convention of 1993 and it facilitates integration into the Croatian system that only knows full adoption.

VII. Conflicts

47. Possible conflicts are resolved in several manners in Croatia. If the decision whose recognition is sought concerns an issue between the same parties in the same subject matter that has already been decided finally in Croatia or by an earlier decision that is recognized or recognizable in Croatia, the recognition will be refused.¹²⁵ Under some bilateral treaties, even *lis pendens* before a Croatian court

¹¹⁸ Articles 32/1 and 39/2 of the PILA.

¹¹⁹ Article 32/2 of the PILA.

¹²⁰ M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 20, p. 342.

¹²¹ Article 32/2 of the PILA. Also, Article 75 of the Act on Life Partnership between Persons of Same Sex.

¹²² Article 62/2 of the Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine (Official Gazette)*, nos. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

¹²³ Article 185 of the Family Act.

¹²⁴ Article 43/5 of the PILA.

¹²⁵ Article 70/1 of the PILA. Similar rule exists in the bilateral treaties, but only if the conflicting decision was issued in Croatia, not if one from abroad was recognized in Croatia. Article 46/1/d of the Agreement with Bulgaria of 1956, Article 50/1/e

between the same parties in the same subject matter is an obstacle to recognition of a foreign decision.¹²⁶ If the bilateral treaty is not in force, the *lis pendens* will only lead to stay of proceedings.¹²⁷

48. Also, under Croatian law, persons who are already married will not be able to marry before Croatian authorities. Under the old Resolution of COL Act this was expressly provided in form of an overriding mandatory rule. The law applicable to prerequisites to marry was determined based on the nationality of the bride and the groom. However, even if they fulfilled the prerequisites under their national law(s), the conclusion of marriage was not allowed if either of them was already married, incapable of judgment or if they were related.¹²⁸ The new PILA does not contain such an overriding mandatory provision but a special public policy clause that prevents conclusion of marriage that is contrary to Croatian public policy (that surely includes prohibition of polygamy and polyandry).¹²⁹ On the administrative level this is resolved through requirement of submission of a certificate of free marital status that foreign citizens, as well as Croatian ones, need to submit prior to marriage. At the same time, foreign nationals need to submit a certificate that the marriage is susceptible to recognition in their state of nationality.¹³⁰

49. Finally, the conflict of laws rule for adoption provides for a cumulation of connecting factors; in order to grant or revoke adoption, the prerequisites provided by the law of nationalities of both the adopter(s) (or their common habitual residence if they have one) and the adoptee need to be fulfilled.¹³¹ In this manner Croatian private international law prevents limping statuses by making sure that the adoption is recognizable in all the states concerned.¹³²

VIII. Conclusion

50. Recognition of status is becoming an important topic in Croatian private international law. The new PILA introduces rules that will facilitate status recognition, e. g. in the field of name and marriage. On the other side, there are still gaps pertaining to this area, e. g. with respect to surrogacy agreements. Also, revision of bilateral treaties might be useful especially when it comes to treaties concluded with EU Member States in areas not regulated by EU law. In conclusion, Croatian private international law is moving in the right direction but there is space for improvement. It will be interesting to follow further development of legal theory, legislation and practice in this area.

of the Agreement with Poland of 1960, Article 51/e of the Agreement with Romania of 1960, Article 49/e of the Agreement with Russia of 1962, Article 51/d of the Agreement with Czechoslovakia of 1964, Article 57/e of the Agreement with Hungary of 1968, Article 4/e/2 of the Agreement with France of 1971, Article 21/1/4 of the Agreement with Slovenia of 1994, Article 21/1/4 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 21/1/4 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996, Article 18/d of the Agreement with Turkey of 1999.

¹²⁶ Article 49/e of the Agreement with Russia of 1962, Article 4/e/1 of the Agreement with France of 1971, Article 21/1/5 of the Agreement with Slovenia of 1994, Article 21/1/5 of the Agreement with Macedonia 1994, Article 21/1/5 of the Agreement with Bosnia and Herzegovina of 1996, Article 18/e of the Agreement with Turkey of 1999.

¹²⁷ Article 70/2 of the PILA.

¹²⁸ Article 32 of the Resolution of COL Act.

¹²⁹ Article 31/1 of the PILA.

¹³⁰ Website of the Ministry for Administration, <https://uprava.gov.hr/o-ministarstvu/ustrojstvo/uprava-za-modernizaciju-javne-uprave-e-hrvatska/drzavne-matice-14595/matica-vjencanijh/815>, last accessed 25 July 2018.

¹³¹ Article 43/1-3 of the PILA.

¹³² M. DIKA, G. KNEŽEVIĆ, S. STOJANOVIĆ, *op. cit.* n 19, p. 146; P. BOSNIĆ, *op. cit.* n 102, pp. 138-139.

RECOGNITION OF PERSONAL STATUS VALIDLY ACQUIRED OR MODIFIED ABROAD: HUNGARY*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: HUNGRÍA

TAMÁS SZABADOS

Associate professor, ELTE Eötvös Loránd University, dr. habil, PhD (ELTE), LL.M. (UCL)

ORCID ID: 0000-0002-5195-685X

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:21.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6748>

Abstract: In matters related to personal status, the case law of the CJEU and the ECtHR enhances the recognition by states of a status validly acquired or amended abroad. The aforementioned case law has changed and is changing the private international law methodology and practice in national law. This paper analyses how this case law has changed Hungarian private international law, particularly when a legal situation related to the status of the person that has been validly created abroad is sought to be recognised in Hungary.

Keywords: personal status, personal law, recognition, legal situation related to the personal status acquired abroad, Hungarian private international law.

Resumen: En algunas materias relacionadas con el estatuto de la persona, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH ha fomentado el reconocimiento por parte de los Estados de las situaciones jurídicas válidamente creadas o modificadas en otros Estados. Esta jurisprudencia ha cambiado y está cambiando la metodología y práctica propias del Derecho internacional privado de producción interna. Este trabajo analiza los efectos de esta jurisprudencia europea sobre el Derecho internacional privado húngaro cuando este se enfrenta a una situación jurídica relacionada con el estatuto de la persona que ha sido válidamente creada en el extranjero y que se quiere hacer valer en Hungría.

Palabras clave: estatuto personal, Ley personal, reconocimiento, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, Derecho internacional privado húngaro.

Summary: I. Introduction. II. Awareness in academia, politics, legislation and judicial practice. III. The scope of recognition. 1. Rules on procedural recognition. 2. Names. 3. Companies. 4. Family matters. 5. Capacity. 6. Surrogacy. 7. Same-sex marriage. IV. Methodology. 1. Procedural recognition. 2. Conflict-of-laws methods. 3. Simple recognition. V. Formal requirements for recognition. VI. Material requirements for recognition. 1. Conditions for recognition. 2. Refusal of recognition. 3. Effects of recognition. VII. Summary.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020.

I. Introduction

1. Hungarian private international law has recently undergone a significant change. The Hungarian legislature adopted Act XXVIII of 2017 on private international law (New PIL Code)¹ which replaced Decree-Law 13 of 1979 on private international law (Old PIL Code).² The New PIL Code entered into force on 1 January 2018 and only a few judicial decisions have been rendered so far under the New PIL Code. Therefore, in analysing the issue of recognition of status the relevant judicial practice related to the Old PIL Code will be also taken into consideration.

2. In elaborating the New PIL Code, the Hungarian legislature did not follow a single comprehensive approach towards recognition. This does not mean, however, that the New PIL Code does not address recognition. The Hungarian legislature applies more than one method of recognition set out in the General Report: the traditional procedural recognition, the conflict-of-laws method and the simple recognition.

II. Awareness in academia, politics, legislation and judicial practice

1. The issue of ‘recognition’ of status is part of the academic discussion, and in particular of the private international law and EU internal market law discourse. The question of recognition is primarily examined by private international lawyers regarding certain specific fields, such as companies or family names. In this context, the notion of ‘recognition’ is actually used. It must be added, however, that the concept of ‘status recognition’ has not been so far comprehensively discussed in Hungarian legal literature. Recognition is most often discussed in relation to the operation of the rules of international civil procedure and conflict-of-laws rules, and not as an independent concept serving as an alternative to private international law.

2. Legal literature has discussed in detail the ECJ case law on recognition of names and the cross-border mobility of companies. Arguments in favour of recognition under EU law rely primarily on the promotion of the free movement of persons. An argument raised against the principle of mutual recognition is that it results in the bifurcation of rules, because it applies only in the relation between the Member States of the EU, but not concerning third countries.³ Additionally, it was also stressed that ‘it disregards the complexity of civil law matters.’⁴

3. The status decisions of the ECtHR have been discussed by some scholarly articles. The ECtHR case law on the continuity of names (*Burghartz v. Switzerland*,⁵ *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*⁶) as well as the recognition of marriages and divorces (*Zvoristeanu v. France*,⁷ *Mary Green and Ajad Farhat v. Malta*⁸) has been analysed in the legal literature.⁹ The legal literature also showed interest in the ECtHR decisions on other areas, such as surrogacy, as it will be indicated below.

¹ An unofficial translation of the New PIL Code prepared by the author was published in *Rabels Zeitschrift* 2018, p. 1004.

² The translation of the Old PIL Code prepared by the author is available in J. BASEDOW ET AL., *Encyclopedia of Private International Law*, vol 4, Cheltenham, Elgar, 2017, p. 3287.

³ Cs. I. NAGY, “The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law”, *Hungarian Yearbook of International and European Law*, 2013, p. 354.

⁴ Cs. I. NAGY, “The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law”, *Hungarian Yearbook of International and European Law*, 2013, p. 354.

⁵ ECtHR 22 February 1994, *Burghartz v. Switzerland*, no. 16213/90.

⁶ ECtHR 9 November 2010, *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*, no. 664/06.

⁷ ECtHR 7 November 2000, *Zvoristeanu v. France*, no. 47128/99.

⁸ ECtHR 6 July 2010, *Mary Green and Ajad Farhat against Malta*, no. 38797/07.

⁹ K. RAFFAI, “Határon áthúzó házassági ügyek és az emberi jogok védelme” [Cross-Border Matrimonial Matters and the Protection of Human Rights], *Iustum Aequum Salutare* 12, 2016, 83.

4. Political discussion hardly touches upon the issue of recognition of status. This is not to say, however, that legislation has not addressed the recognition of status. Generally speaking, Hungarian law does not follow the principle of mutual recognition in private law as a method alternative to traditional private international law. Instead, the recognition of a foreign status takes place mainly at the level of international civil procedure by the recognition of a foreign decision or through conflict-of-laws rules. The legislation reacted to the judgments of the ECJ on bearing of names, and in particular to the *García Avello* judgment,¹⁰ as it will be set out in section III.2.

5. EU Regulation 2016/1191 has been transposed into Hungarian law by adopting an implementing regulation and amending several relevant acts.¹¹ Regulation 2016/1191/EU is very little discussed both in legal science and in the broader legal community. Interestingly, Regulation 2016/1191/EU attracted more attention among translators¹² primarily because of the elimination of the requirement on certified translations of public documents related to personal status.¹³ Under Hungarian law, it is not entirely clear in which proceedings and when a certified translation of a foreign public document must be submitted to courts and authorities causing considerable legal uncertainty. Currently, the Hungarian Office for Translation and Attestation Ltd. (Országos Fordító és Fordításhitelesítő Iroda Zrt., OFFI), a fully state-owned company, has an almost monopolistic position for preparing certified translations of foreign language documents and certifying translations prepared by other persons.¹⁴ Freelance translators, therefore, see Regulation 2016/1191/EU as challenging this monopolistic position in matters covered by the Regulation. Translators also expect a decrease in the demand for certified translations on the translation market due to the application of the Regulation, and in particular due to the use of standard forms.

6. Decisions of the ECJ have influenced Hungarian court practice, in particular concerning names and companies. The jurisprudence of the ECtHR has not been referred to in Hungarian judicial practice as far as recognition of status is concerned.

III. The scope of recognition

1. Rules on procedural recognition

7. The New PIL Code contains rules on international civil procedure and provides for detailed rules on the recognition and enforcement of foreign court decisions generally and in matters concerning family law and personal status.¹⁵ The provisions on the recognition and enforcement of foreign court decisions in matters concerning family law and personal status embrace decisions rendered, among others,

¹⁰ ECJ 2 October 2003, C-148/02, *Carlos García Avello v Belgian State*, ECLI:EU:C:2003:539.

¹¹ Regulation (EU) 2016/1191 of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens, OJ L 200, p. 1. Implementing legislation: 269/2018. (XII. 20.) Korm. rendelete az egyes közokiratoknak az Európai Unió belüli bemutatására vonatkozó előírások egyszerűsítése révén a polgárok szabad mozgásának előmozdításáról és az 1024/2012/EU rendelet módosításáról szóló, 2016. július 6-i (EU) 2016/1191 európai parlamenti és tanácsi rendelet végrehajtásáról [Government Decree 269/2018. (XII. 20.) on promoting the free movement of citizens by simplifying the provisions on the presentation of certain public documents in the European Union and on the amendment of Regulation 1024/2012/EU].

¹² Proford – SZOFT – MFTE Fordításszabályozási munkacsoport [Proford – SZOFT – MFTE Working Group on Regulating Translation], Magyar Hites Fordítók és Tolmácsok Névjegyzéke –

Szakmai javaslat a hiteles fordítás és hatósági tolmácsolás decentralizált modelljére és a jogszabály reformjára [List of Hungarian official translators and interpreters – Proposal for a decentralised model of certified translation and official interpretation and for the reform of legislation], 2017. szeptember 1. https://mfte.hu/sites/default/public/files/media/forditasszabalyozasi_mcs_kezikonyv_0.pdf.

¹³ Article 6 of Regulation 2016/1191/EU.

¹⁴ 24/1986. (VI. 26.) MT rendelet a szakfordításról és tolmácsolásról [Ministry Council Regulation 24/1986. (VI. 26.) on specialised translation and interpretation] s. 5 and 7/1986 (VI. 26.) IM rendelet a szakfordításról és tolmácsolásról szóló 24/1986. (VI. 26.) MT rendelet végrehajtásáról [Regulation of the Minister of Justice on the implementation of Ministry Council Regulation 24/1986. (VI. 26.) on specialised translation and interpretation], s. 5. § (1) a).

¹⁵ Ss. 109-112 and ss. 116-121 of the New PIL Code.

in matters related to the existence, validity and dissolution of a marriage or a registered partnership, establishment of origin and adoption.

8. These provisions, however, apply only to cases not covered by the recognition rules of an international convention or an EU regulation. Therefore, the provisions of the New PIL Code on recognition apply only to decisions rendered in third countries (not parties to the international conventions concerned and non-EU Member States).

9. It is to be noted that for the purpose of the New PIL Code, ‘court’ duly means also any other authority proceeding in private law matters.¹⁶ Therefore, the rules on recognition and enforcement of judicial decisions duly apply, for example, to the proceedings of public notaries or the civil status registry competent in matters falling under the scope of application of the New PIL Code.

10. Moreover, it must be noted that the New PIL Code addresses the issue of recognition in several areas beyond the rules on international civil procedure. These specific rules related to recognition will be summarised below in points 3.2-3.5. Subsequently, the legal treatment of foreign surrogacy and same-sex marriages will be presented (3.6-3.7).

2. Names

11. Concerning the recognition of names, the Hungarian legislature amended the provisions of the Old PIL Code following the *Garcia Avello* judgment so as to grant a choice of law for persons having multiple citizenships to ensure conformity with EU law.¹⁷ As a general rule, the use of name was determined by the personal law, i.e. primarily by the law of the citizenship of the person concerned and the personal law of a person having multiple citizenships, including Hungarian citizenship, was Hungarian law. Due to the amendment following the *Garcia Avello* judgment, in the course of the registration of a birth name the court, upon request of the person concerned, had to apply the law of the state of the person’s other citizenship instead of Hungarian law. On the one hand, this amendment seemed to be restrictive: the choice of law was limited to the birth name, excluding, for example, a married name from its scope of application. On the other hand, the rule was broader than required by EU law since a choice of law was granted not only to citizens of EU Member States; any other person could avail himself of the choice of law. Although the prohibition of discrimination within the meaning of the *Garcia Avello* judgment covers only Union citizens, the Hungarian legislature extended the possibility of choice to citizens of third countries.

12. It is to be noted that in 2009, that is even before the *Sayn-Wittgenstein* judgment of the ECJ,¹⁸ the Hungarian Constitutional Court had to take a decision on the application of the amended provision concerning titles of nobility.¹⁹ The petitioner after having obtained Canadian nationality in addition to Hungarian citizenship changed his name in Canada taking the “Von” prefix. In the course of changing his birth name in Hungary, the Hungarian authority entered this prefix not as a word indicating a title of nobility, but as a family name consisting of two parts linking the prefix to the surname with a dash, into the register due to the prohibition of titles of nobility in Hungary. According to the petitioner, the application of the relevant provisions might have resulted in situations where a change of name is registered in different ways by a foreign and a Hungarian authority for persons having dual nationality. The Constitutional Court referred to the amendment of the Old PIL Code following the *Garcia Avello* judgment and held that Hungarian law applies to a change in the name of persons having Hungarian and

¹⁶ S. 3 a) of the New PIL Code.

¹⁷ S. 10 (2) of the Old PIL Code.

¹⁸ ECJ 22 December 2010, C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806.

¹⁹ 1231/E/2007. AB határozat.

foreign nationality with the exception of the registration of the birth name. It laid down that granting and bearing titles of nobility is incompatible with the treatment of persons as having equal dignity and taking a title of nobility did not constitute a case requiring special appreciation that would have allowed deviation from Hungarian rules on bearing of names.

13. The New PIL Code expands further party autonomy regarding the use of name.²⁰ As a general rule, the individual's personal law applies regarding bearing of name, but he may request the application of Hungarian law. A person having multiple citizenships may choose the law of any of his citizenships. Moreover, choice of law is equally ensured for married names: the parties may choose the law of citizenship of any of the spouses or Hungarian law.

14. Section 16 (5) of the New PIL Code refers expressly to the recognition of names. Pursuant to this provision, the birth name as well as the married name of a Hungarian citizen which has been validly registered under the law of another state must be recognised in Hungary if the person concerned having Hungarian citizenship or his spouse is also a citizen of this other state or if the place of habitual residence of the Hungarian citizen concerned is located in that state. However, a name which violates Hungarian public policy may not be recognised.

15. Concerning this rule, the legislative justification, a document elaborated by the Ministry of Justice to explain the need for the New PIL Code and its more specific provisions, explicitly refers to the *Grunkin and Paul* judgment of the ECJ.²¹ The provision has been justified by the need for legal certainty by avoiding situations when the same person should bear different names in different states.²²

16. The *Garcia Avello* judgment was cited in one further decision of the Constitutional Court without actual discussion, but not concerning names, but more generally in the context of the prohibition of discrimination.²³ Other judgments of the ECJ on bearing names have not been referred to so far by Hungarian courts. Legal literature, however, discussed this case law. The relevant judgments of the ECJ are discussed in standard EU law course books in relation to the prohibition of discrimination, the free movement of persons and Union citizenship as well as in private international law course books.²⁴ Moreover, several articles deal with these judgments,²⁵ including the more recent ones, such as *Bogendorff von Wolfersdorff*.²⁶

3. Companies

17. Companies raised the question of recognition in relation to the cross-border mobility of companies and in particular the transfer of the company seat, including cross-border conversions. In the

²⁰ S. 16 of the New PIL Code.

²¹ ECJ 14 October 2008, C-353/06, *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

²² Legislative justification to s. 16 of the New PIL Code.

²³ 26/2015. (VII. 21.) AB határozat.

²⁴ F. MÁDL and L. VÉKÁS, *Nemzetközi magánjog és nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga* [Private International Law and the Law of International Economic Relations], 9th edition 2018, pp. 214-217.

²⁵ K. RAFFAI, "Unió alapszabadságok kontra tagállami jogszabályok avagy az uniós állampolgár névviselési jogát meghatározó szabályok ellentmondásai" [Fundamental Freedoms of the EU v the laws of the Member States, or the Inconsistencies of the Rules Determining Union citizens' Right to a Name], in: J. SZALMA, *A Magyar Tudomány Napja a Délvidéken 2009* [The Day of the Hungarian Science in Délvidék 2009], 2010, p. 156; K. RAFFAI, "Kultúrák versengése – a névviseléshez való jog megítélése az Európai Bíróság döntéseiben" [The Competition of Cultures – The Right to a Name in the Decisions of the European Court of Justice], in: Á. FUGLINSZKY and A. KLÁRA, *Európai jogi kultúra – megújulás és hagyomány a magyar civilisztikában* [European Legal Culture – Reform and Tradition in Hungarian Private Law], 2012, p. 475.

²⁶ ECJ 2 June 2016, C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff v Standesamt der Stadt Karlsruhe and Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, ECLI:EU:C:2016:401; Á. MOHAY and N. TÓTH, Nobility Titles and Free Movement: Case C-438/14 Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff, *Pécs Journal of International and European Law*, 2017, p. 30; Á. MOHAY and N. TÓTH, What's in a Name? Equal Treatment, Union Citizens and National Rules on Names and Titles, *Vienna Journal of International Constitutional Law* 11, 2017, p. 585.

course of the codification of the New PIL Code, the codification committee decided not to include any rule on the transfer of the company seat or cross-border conversion of companies. The regulation of this issue would have required the adoption of conflict-of-law rules together with substantive and procedural rules, and it was not intended to insert detailed substantive and procedural rules on the cross-border mobility of legal persons into a private international law code containing conflict-of-laws rules. It was also considered that the issue might be settled by future EU legislation creating uniform rules for the Member States. At the moment, therefore, the New PIL Code contains rules on the determination of the law governing companies only.²⁷ Following the adoption of the New PIL Code, the EU legislature has indeed created the uniform substantive and procedural law framework of cross-border conversions by the Cross-border Mobility Directive.²⁸ The New PIL Code applies the incorporation doctrine and the scope of the governing law extends to the questions related to the status of the company. These include its legal capacity, its formation and termination, its legal and organisational representation, its personality rights, its organisation, the legal relationships between its members, the legal relationships between the members and the legal person, and the responsibility of the legal person, its members and its executive officers for the obligations of the legal person.

18. The issue of the cross-border transfer of seat of companies received considerable attention in Hungary both in legal science, practice and even in the press due to the fact that two cases have been referred to the ECJ from Hungarian courts – *Cartesio*²⁹ and *VALE*³⁰ – which called into question the compatibility of Hungarian law with the freedom of establishment provisions.³¹ However, it must be noted that in the legal literature the transfer of the company seat has been discussed primarily in terms of the determination of the applicable law and the concept of the ‘recognition of companies’ has been discussed more rarely. In a study, Nagy analysed *Cartesio* and *VALE* more broadly in the context of the country-of-origin principle.³² Király put the principle of mutual recognition elaborated in relation to the free movement of goods and the transfer of the company seat in parallel.³³ As the sale of a product lawfully produced and marketed in one Member State cannot be prohibited in another Member State, so the transfer of seat and the operation of a company incorporated in one Member State should not be prohibited in another Member State. The recognition of companies has been discussed by Király in terms of its ‘cultural effects’, including regulatory competition and safeguards for stakeholders.

²⁷ S. 22 of the New PIL Code.

²⁸ Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, OJ L 321, 12.12.2019, p. 1.

²⁹ ECJ 16 December 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt.*, ECLI:EU:C:2008:723.

³⁰ ECJ 12 July 2012, C-378/10, *VALE Építési Kft.*, ECLI:EU:C:2012:440.

³¹ See from the abundant literature without being exhaustive, M. KIRÁLY, “A társasági jog nemzetközi vonatkozásai és az Európai Közösség joga” [International Perspectives of Company Law and the Law of the European Community], in P. MISKOLCZI BODNÁR, *Európai társasági jog* [European Company Law], 2004, p. 23; M. KIRÁLY, “A cégbejegyzési elv jövője figyelemmel a közösségi jog változására” [The Future of the Incorporation Doctrine with Regard to the Change of Community Law], *Gazdaság és Jog* [Economy and Law] 13, 2005, 37; L. BURIÁN, “The Impact of Community Law on the Determination of the Personal Law of Companies”, in: P. HAY ET AL., *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Várady*, Budapest/New York, CEU Press, 2009, p. 67; V. KOROM and P. METZINGER, “Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06”, *ECFR* 6, 2009, p. 125; P. METZINGER, Z. NEMESSÁNYI and A. OSZTOVITS, *Freedom of Establishment for Companies in the European Union*, Budapest, Complex, 2009; L. VÉKÁS, “Adójogi megfontolások és a társaságok nemzetközi magánjoga” [Tax Law Considerations and the Private International Law of Companies], in: I. SIMON, *Tanulmányok Nagy Tibor tiszteletére* [Studies in Honour of Tibor Nagy], Budapest, Szent István Társulat, 2009; T. SZABADOS, *The Transfer of the Company Seat within the European Union: The Impact of the Freedom of Establishment on National Laws*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2012; T. SZABADOS, “The Transfer of the Company Seat: The Freedom of Establishment and National Laws”, *Acta Universitatis Sapientiae Legal Studies* 2, 2013, p. 153; T. SZABADOS, *Companies in EU Private International Law – An EU Law Perspective...*, in: T. SZABADOS and M. KIRÁLY, *Perspectives of Unification of Private International Law in the European Union*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2018, p. 85.

³² Cs. I. NAGY, “The Personal Law of Companies and the Freedom of Establishment under EU Law”, *Hungarian Yearbook of International and European Law*, 2013, p. 353.

³³ M. KIRÁLY, *Unity and Diversity*, Budapest, ELTE Eötvös Kiadó, 2011, pp. 210-211; M. KIRÁLY, *Egység és sokféleség*, Budapest, Új Ember, 2007, pp. 208-209.

19. From the Hungarian court practice, the follow-up decision of the Kúria, the supreme court of Hungary, in the *VALE* case, must be highlighted. Notwithstanding the preliminary ruling of the CJEU, VALE Kft. could not rely on the freedom of establishment after all. Considering the facts of the case, the Kúria found that VALE Srl. had already been deleted from the Italian commercial register when the articles of association of VALE Kft. were adopted for the purpose of registering the conversion in Hungary.³⁴ The Kúria stated that the rule of Hungarian company law, that the articles of association of the legal successor company must be adopted at the latest until the deletion of the legal predecessor, applies even with regard to cross-border conversions. As a consequence, the continuity of the legal personality of the company was missing and it could not be entered into the Hungarian registry.

4. Family matters

20. The New PIL Code contains conflict-of-laws rules on family matters, partnerships and registered partnerships. These provisions determine, among others, the law governing the formal and substantive validity of marriage,³⁵ parentage³⁶ and adoption.³⁷ Adoption is valid under the New PIL Code only if the conditions thereof are met under the personal law of both the adoptive parent and the person intended to be adopted at the time of adoption.³⁸ It must be noted that Hungary is a party to The Hague Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption.³⁹ International adoption is also discussed in legal literature.⁴⁰ Similarly, the New PIL Code provides for the law applicable to the existence and termination of partnerships and registered partnerships.⁴¹ In addition to conflict-of-laws rules, the aforementioned procedural provisions on the recognition of foreign decisions specifically address the recognition of decisions rendered in family matters as set out in section III.1.

5. Capacity

21. Hungarian private international law promotes the recognition of capacity of persons under certain circumstances who have no disposing capacity or who have restricted disposing capacity under their personal law. Pursuant to section 17 of the New PIL Code:

- (1) A person who has no disposing capacity or who has restricted disposing capacity under his personal law shall be regarded as a person having disposing capacity in terms of contracts of minor significance that are concluded and performed in Hungary and which take place in large number in everyday life and which would not require any particular consideration if this person had disposing capacity under Hungarian law.
- (2) A person who has no disposing capacity or has restricted disposing capacity under his personal law but who would have disposing capacity under Hungarian law shall be regarded as a person having disposing capacity also in terms of this person's other property transactions if the legal consequences of the transaction are arise in Hungary.

22. No relevant case law is known regarding this section or its counterpart from the Old PIL Code.

³⁴ EBH2013. G.3.

³⁵ S. 26 of the New PIL Code.

³⁶ S. 31 of the New PIL Code.

³⁷ S. 33 of the New PIL Code.

³⁸ S. 33 (1) of the New PIL Code.

³⁹ Promulgated by 2005. évi LXXX. törvény a gyermekeknek a nemzetközi örökbefogadások terén való védelméről és az ilyen ügyekben történő együttműködésről szóló, Hágában, 1993. május 29. napján kelt Egyezmény kihirdetéséről [Act LXXX of 2005 on the promulgation of The Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption].

⁴⁰ E. KATONÁNÉ PEHR, "Nemzetközi örökbefogadás" [International Adoption], in: BENCZE LÁSZLÓNÉ ET AL., *A családjog kézikönyve* [Handbook of Family Law], vol 2, Budapest, HVG-ORAC, 2007, 1226.

⁴¹ Ss. 35-38 of the New PIL Code.

6. Surrogacy

23. The legal treatment of surrogacy is not regulated in Hungarian law and as such surrounded by uncertainties.⁴² The legal literature discussed the judgments of the ECtHR (*Mennesson v. France*,⁴³ *Labassee v. France*,⁴⁴ *Paradiso and Campanelli v. Italy*⁴⁵).⁴⁶ However, the recognition of surrogacy has not been so far directly addressed in Hungarian judicial practice. There is a single case where the issue of a possible foreign surrogacy arose in the course of the registration of the birth of children. The registration of the birth of the twin children of a Hungarian father was denied by the Hungarian civil status registry, because Hungarian authorities suspected that the twins were born by a surrogate mother in Ukraine where surrogacy is legal and the data of the women giving birth to a child were not indicated in the birth certificate issued by Ukrainian authorities. According to the competent Hungarian authority, the birth certificate attached to the request verified only that under Ukrainian law who qualified as the parents of the children. Due to the difference in Hungarian and Ukrainian law, the birth certificate itself did not prove parentage. The applicant did not attach the parental care book requested by the authority in order to establish maternity. Both the first instance court⁴⁷ and on appeal the Metropolitan Regional Court⁴⁸ confirmed that the decision of the authority was ill-founded. Under the United Nations Convention on the Rights of the Child, the interests of the child must be taken into account above all in the course of taking administrative measures in relation to children by authorities. The Metropolitan Regional Court established that the authority mentioned surrogacy as a legal institution allowed by Ukrainian law in its decisions only in general terms, but did not prove its existence in the given case. Maternity could have been verified by means other than the parental care book, such as adoption or a DNA test.

7. Same-sex marriage

24. Pursuant to Article L (1) of the Hungarian Basic Law, marriage as a legal institution is a life community based on a voluntary decision between a man and woman. Same-sex couples can enter into a registered partnership, but cannot conclude a marriage.

25. The Hungarian LGBT Association (Magyar LMBT Szövetség) brought forward a proposal for amending the Private International Law Bill in the course of the codification of the New PIL Code.⁴⁹ The proposals focused on three questions.

26. First, it was proposed that Hungarian law should recognise the marriage of same-sex couples concluded abroad as registered partnership. Hungarian law does not know the marriage of same-sex couples, but enables them to enter into a registered partnership which is a legal institution similar

⁴² Z. NAVRATYIL, "Az anyaság útvesztői – A dajkaanyaság és béranyaság rejtelmek a jogi szabályozásban, különös tekintettel az Egyesült Államokra" [The Labyrinth of Motherhood – The Mysteries of Surrogate Motherhood in Legal Regulation with Special regard to the United States], *Iustum Aequum Salutare* 6, 2010, 189, 210-211.

⁴³ ECtHR 26 June 2014, *Mennesson v. France*, no. 65192/11.

⁴⁴ ECtHR 26 juin 2014, *Labassee v. France*, no. 65941/11.

⁴⁵ ECtHR 24 January 2017, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, no. 25358/12.

⁴⁶ Z. NAVRATYIL, "Béranyaság határok nélkül - Különös tekintettel az Emberi Jogok Európai Bíróságának döntéseire" [Surrogate Motherhood without Borders with Special Regard to the Decisions of the European Court of Human Rights], *Iustum Aequum Salutare* 13, 2017, p. 101; P. BUZÁS, *Mennesson Franciaország elleni ügye* [Mennesson v France Case], *Fundamentum* 18, 2014, p. 105; P. BUZÁS, *Paradiso és Campanelli Olaszország elleni ügye* [Paradiso and Campanelli v Italy Case], *Fundamentum* 19, 2015, p. 96.

⁴⁷ Fővárosi Törvényszék 3. K.34.141/2011/7.

⁴⁸ Fővárosi Ítéltábla 2.Kf.27.291/2012/8.

⁴⁹ A Magyar LMBT Szövetség véleménye a nemzetközi magánjogról szóló T/14237. számú törvényjavaslatról [Opinion of the Hungarian LGBT Association on Bill No. T/14237. on private international law], 2017. március 7., http://lmbtszovetseg.hu/sites/default/files/mezo/file/lmbtszov_ogynkozi_2017marc.pdf

to the marriage in terms of conclusion, termination and legal effects.⁵⁰ In practice, the recognition of marriages of same-sex couples concluded abroad as a marriage or as a registered partnership is denied by the Hungarian authorities responsible for civil status registration. Due to the rejection of recognition, same-sex couples, who concluded a marriage abroad and wish their relationship to be recognised under Hungarian law, have to enter into a registered partnership in Hungary. This causes additional costs. The concept of the New PIL Code had declared that the marriages concluded abroad by same-sex couples could not be recognised in Hungary as a marriage, but such marriages should have been considered at request as registered partnership.⁵¹ This proposal has been, however, set aside and the New PIL Code does not contain any rule to this effect.

27. Second, according to the Hungarian LGBT Association the rules on married names should have been extended to the name of registered partners. Under Hungarian law, the provisions on bearing names of married couples may not be applied to registered partners,⁵² and as such, Hungarian law does not know the name of registered partners to the analogy of married name. In this sense, the New PIL Code lays down in section 37 (1) that regarding the existence, validity and legal effects of a registered partnership, not including the bearing of a name, the provisions of the New PIL Code on marriages shall duly apply. This situation has the consequence that registered partners can acquire and use a registered partnership name abroad, while in Hungary they can use their birth name only. This causes inconveniences in the course of the verification of personal identity as well as the delivery and receipt of mails. The Hungarian LGBT Association referred in this context to the *Garcia Avello* and the *Grunkin and Paul* judgments of the ECJ as being incompatible with the free movement of persons to compel someone to bear different names in different Member States. It was also referred here to a report of the Office of the Commissioner for Fundamental Rights, where the ombudsman established concerning a person having Hungarian and German citizenships who entered into a registered partnership in Germany, and whose new family (registered partnership) name obtained in Germany was not recognised by Hungarian authorities, that the regulation which compelled the petitioner to bear different names in the countries of his/her citizenships resulted in an abuse in relation to the petitioner's right to his/her name which may be deduced from human dignity.⁵³ It was proposed by the Hungarian LGBT Association to eliminate from section 37 (1) the exception referring to the bearing of name.

28. Third, it was submitted that the rule according to which the law of the state of the common citizenship of the partners applies regarding the existence, termination and legal effects of a partnership should be so amended that if the law of the state of the common citizenship does not know the institution of partnership or only in the case of persons of different sex, the law of that state should apply in the territory of which the habitual residence of the partners; in the absence of this their last common habitual residence, is located. In this way, if the state of the citizenship of the partners does not know the institution of partnership or only in the case of persons of different sex, the law of that state should apply where the partners have or had their habitual residence.

29. These proposals were taken up by an MP of one of the opposition parties and submitted them essentially with the same content to the Hungarian Parliament in the course of the debate on the New PIL Code.⁵⁴ The majority of the Parliament accepted none of these proposals.

⁵⁰ 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról [Act XXIX of 2009 on registered partnership and the amendment of the related and those acts necessary for the facilitation of the verification of partnership] s. 3 (1) a).

⁵¹ Concept of the New PIL Code, para 189.

⁵² S. 3 (3) of Act XXIX of 2009 on registered partnership.

⁵³ Az alapvető jogok biztosának jelentése az AJB-1278/2014. számú ügyben [Report of the Office of the Commissioner for Fundamental Rights in case no. AJB-1278/2014.].

⁵⁴ Dr. Szél Bernadett, Módosító javaslat T/14237/4; Dr. Szél Bernadett, Módosító javaslat T/14237/5; Dr. Szél Bernadett, Módosító javaslat T/14237/6.

In the meantime, some change seems to occur in court practice. A Hungarian citizen requested the registration of a marriage concluded with a same-sex US citizen in Belgium. After the authority acting in civil status matters rejected the request, the Hungarian citizen plaintiff asked before a Hungarian court the registration of the foreign marriage as a registered partnership. Referring to the judgments of the ECtHR, at first instance the Metropolitan Administrative and Labour Court,⁵⁵ while at second instance the Metropolitan Court of Appeal⁵⁶ ordered the registration of the marriage as a registered partnership. Both the court of first and second instance pointed out that in the event of the rejection of the plaintiff's request, the same-sex couple could not live together in any form recognised by Hungarian law, because the US spouse lives in a marriage according to his/her personal law, that is under Hungarian law he/she cannot enter into a registered partnership. The court of first instance also referred to the violation of the right of free movement and residence guaranteed by EU law. The Kúria, the supreme court of Hungary, seized upon a request for revision, did not see any possibility to register the marriage concluded abroad as a registered partnership.⁵⁷ The Kúria justified its decision by the fact that the plaintiff requested in the contested administrative procedure only the domestic registration of the foreign marriage. The plaintiff asked only later in the court proceedings for the registration of the marriage as a registered partnership. Since Hungarian law does not know the marriage of same-sex parties, the authority seized refused correctly the registration, while the courts gave an answer to a question that had not emerged in the administrative procedure. Notwithstanding the formalism of the ruling by the Kúria, the decisions of the courts of lower instances reveal more openness.

IV. Methodology

30. In Hungarian private international law, recognition of status takes place first of all by recognising a relevant foreign decision at the level of international civil procedure. Sometimes, the operation of conflict-of-laws provisions promotes recognition under the New PIL Code, in particular regarding names and legal persons and entities not having legal personality. Furthermore, the simple recognition, as referred to in the General Report, is used as far as the recognition of names and capacity are concerned. Hungarian legislation and judicial practice have not endorsed the principle of mutual recognition as a substitute for private international law.

1. Procedural recognition

31. In most cases, recognition takes place by the recognition of a foreign decision at the level of international procedural law under the relevant international conventions, EU regulations and the New PIL Code. The autonomous rules on recognition of foreign decisions are determined by the New PIL Code, though these provisions apply only if none of the EU regulations and international conventions concerning recognition is applied. In this way, the relevant provisions of the New PIL Code apply only if the decision was rendered in a third country or if the subject matter of the case does not fall under the scope of application of the EU regulations. As the rules in the EU regulations are well-known, I focus exclusively on autonomous national rules. The provisions concerned of the New PIL Code are not limited to foreign judicial decisions, but they apply also to decisions of other authorities acting in civil matters.

32. The New PIL Code provides for the recognition of foreign judgments generally and specifically in matters concerning family law and personal status.⁵⁸

⁵⁵ Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság, 27.K.32.541/2016/6.

⁵⁶ Fővárosi Törvényszék, 1.Kf.650.054/2017/4.

⁵⁷ Kúria, Kfv. VI.37.558/2018/5.

⁵⁸ Ss. 109-112 and ss. 116-121 of the New PIL Code.

33. As a main rule, no special procedure is required for the recognition of a foreign decision.⁵⁹ However, the recognition of foreign decisions is not automatic.⁶⁰ Unless otherwise provided by law, the question of recognition is examined by the court (other authority), in the procedure of which it arises. This court (other authority) has to examine whether the foreign decision complies with the preconditions for recognition and even if it is not necessary to render a separate decision on this question, it has to take the outcome of this examination into account in the procedure.

34. The party concerned may also request the court to establish in a special procedure that the foreign decision may be recognised in Hungary.⁶¹ The court decides on such a request in a non-litigious procedure by rendering a decision on the question of recognition. The New PIL Code provides for special rules on competence for such a procedure.⁶²

2. Conflict-of-laws method

35. The conflict-of-laws method is used in particular regarding names and the status of legal persons and entities not having legal personality. As the relevant provisions and the related court practice has been analysed above in section 3, it suffices here to state that the New PIL Code follows the conflict-of-laws method in these fields. It is remarkable that the conflict-of-laws method relies to a large extent on the autonomy of the parties, directly concerning names and indirectly through the application of the incorporation theory as far as the recognition of legal persons is concerned. The more specific rules, where the conflict-of-laws method appears, are supplemented by a general rule on the change of status.

36. The New PIL Code provides a possibility of choice concerning the bearing of the birth as well as the married name. Regarding the birth name, instead of the personal law, the person concerned can select Hungarian law as governing law. A person having multiple citizenships may choose the law of any of his citizenships to the use of his/her birth name.⁶³ The parties may choose by their joint request the law of the citizenship of any of the spouses or Hungarian law to bearing of the married name.⁶⁴

37. It is to be noted that in addition to the pure conflict-of-laws rules a further provision in the New PIL Code provides for the simple recognition of names by the recognition of a foreign administrative act. Under Section 16 (5) of the New PIL Code, the birth name as well as the married name of a Hungarian citizen which has been validly registered under the law of another state must be recognised in Hungary if the person concerned having Hungarian citizenship or his spouse is also a citizen of this other state or if the place of habitual residence of the Hungarian citizen concerned is located in that state.

38. Foreign incorporations and thereby the existence of foreign legal persons (or entities not having legal personality) are recognised through the application of the incorporation doctrine.⁶⁵ The reference to the law of the state of incorporation implies that legal persons and entities without legal personality set up in accordance with the law of the state of origin are recognised in the forum state. As the owners can decide where to incorporate a company, the incorporation doctrine enshrined by the New PIL Code promotes indirectly the autonomy of the parties. Nevertheless, it must be noted that the cross-border transfer of seat of companies or the cross-border conversion of companies is not regulated in Hungarian law.

⁵⁹ S. 122 (1) of the New PIL Code.

⁶⁰ Legislative justification to s. 122 of the New PIL Code.

⁶¹ S. 122 (2) of the New PIL Code.

⁶² S. 122 (3) of the New PIL Code.

⁶³ S. 16 (2) of the New PIL Code.

⁶⁴ S. 16 (3) of the New PIL Code.

⁶⁵ S. 22 (1) of the New PIL Code.

39. As mentioned above in section III.4, the New PIL Code contains conflict-of-laws rules on family matters, including marriage, parentage and adoption, as well as on partnership and registered partnership. These conflict-of-laws rules are complemented with procedural provisions which address specifically the recognition of foreign decisions rendered in family matters as indicated in section III.1.

40. More generally, the New PIL Code contains in the General part a provision on the change of status (*Statutenwechsel*) relevant in terms of recognition. A change in the circumstances determining the applicable law impacts legal relationships which validly came into existence in accordance with the law applicable before the change only if the New PIL Code expressly so provides. As a main rule, therefore, the legal relationships (status) are not affected by a change in the connecting factor on the basis of which the governing law was determined.⁶⁶ This rule also applies to personal status. In particular, the change of citizenship does not affect the personal status and the rights and obligations related to them. An exception is laid down for rights *in rem*. If, after a change in the right *in rem*, the movable thing is relocated to the territory of another state permanently, the rights acquired previously may be recognised in accordance with the law of the new location of the thing.⁶⁷

3. Simple recognition

41. As mentioned above, a simple recognition rule may be found in relation to names acquired abroad. Under Section 16 (5) of the New PIL Code, the birth name as well as the married name of a Hungarian citizen which has been validly registered under the law of another state must be recognised in Hungary if the person concerned having Hungarian citizenship or his spouse is also a citizen of this other state or if the place of habitual residence of the Hungarian citizen concerned is located in that state. The recognition of a foreign name in Hungary on the basis of this provisions necessitates the registration of the foreign name by the civil registry. The text of the above norm refers to the conditions and limits of recognition. The condition of the recognition is the existence of close connection to the state, where the name was registered. This appears through the requirements concerning the citizenship and the habitual residence. At the same time, recognition can be denied if it violates the Hungarian public policy.

Another rule of the New PIL Code does not only provide for recognition, but also for the upgrade of a foreign legal status. As mentioned above, Hungarian private international law promotes the recognition of capacity of persons under certain circumstances, even if the person concerned has no disposing capacity or who has restricted disposing capacity under his personal law. This means that by virtue of section 17 of the New PIL Code, the missing or restricted disposing capacity is completed to a full disposing capacity in Hungary concerning the everyday life transactions and property transactions the legal consequences of which arise in Hungary. In fact, this involves a completion of the status possessed in the country of origin without the need for a formal registration process.

V. Formal requirements for recognition

42. As a main rule, the recognition of decisions takes place under the provisions of the New PIL Code on recognition of foreign decisions (if an international convention or an EU regulation does not apply). Therefore, the existence of a prior formal decision is required for recognition.

43. The notion of ‘decision’ is not determined by the New PIL Code. However, the legislative justification points out that the notion of ‘decision’ must be construed flexibly.⁶⁸ It includes not only judicial decisions, but also decisions rendered by other authorities (public notary, administrative autho-

⁶⁶ S. 14 of the New PIL Code.

⁶⁷ S. 41 (1) of the New PIL Code.

⁶⁸ Legislative justification to s. 109 of the New PIL Code.

rities, such as the civil registry). An entry into the civil registry may also constitute a ‘decision’. Private status decisions (i.e. the change of legal status without the involvement of a public authority, such as religious ceremonies; private acts drawn up by an individuals) cannot be recognised. However, a qualification must be made. The legislative justification to the New PIL Code finds that the rules on the recognition of foreign decisions apply to a decision of a non-state organ, such as a religious court, if it acts on the basis of an authorisation stemming from state legislation and thus exercises public power.⁶⁹ In this case, its decision amounts to a decision of a state organ. Furthermore, as discussed above, the autonomy of the parties is recognised by the conflict-of-laws rules of the New PIL Code which provide for a possibility of choice by the parties concerning bearing birth and married names. The name chosen by the parties will be registered by the authorities in Hungary.

44. Changes in the civil status require registration in the civil status registry. There are, however, cases, for example, if the recognition of capacity arises in a procedure before a court (authority), where no registration is required.

45. When a foreign status question arises in a civil procedure or an administrative procedure, the court or authority can require proving the existence of that status, for example capacity, incorporation of a legal person or name, by some official document.

46. Pursuant to Act CXXX of 2016 on the Civil Process Code (the Civil Process Code), if a fact may be proven by a document, other evidence is not necessary.⁷⁰ In the civil process, the capacity of a person may be examined by the court *ex officio* in the event of doubt.⁷¹ In a decision, the Supreme Court, the predecessor of the Kúria, established that a Russian company had to prove its capacity by attaching the copy of the full company records kept by the competent Russian authority in the form of a public document.⁷²

47. In the civil status registration procedure, the data to be registered must be proved by a public document or a private document having full evidentiary effect.⁷³ If, under section 16 (2) of the New PIL Code, due to the joint request of the parents a foreign law is to be applied to the registration of the birth name of a child, a foreign name is registered provided that the parents prove the foreign citizenship of the child and that the family and first name indicated comply with the foreign law.⁷⁴

48. A foreign public document has the same evidentiary force as a domestic public document provided that it was legalised by the competent Hungarian diplomatic representation at the place where it was issued, unless otherwise provided by an international convention entered into with the state in which it was issued.⁷⁵ Exemption from legalisation can be based on the The Hague Convention on Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents or another international convention.

49. In a civil process, the foreign language attachments of the statement of claim must be accompanied by a simple translation.⁷⁶ In relation to evidence, the Civil Process Code provides that if the party wants to prove his statements of fact by documents, he has to attach a simple translation in the case of foreign documents.⁷⁷ In civil status registration procedure, documents issued in foreign language must be accepted only if it is accompanied by an official translation.⁷⁸

⁶⁹ Legislative justification to s. 109 of the New PIL Code.

⁷⁰ S. 320 (5) of the Civil Process Code.

⁷¹ S. 35 (1) of the Civil Process Code.

⁷² LB Gf. I. 30.059/2000/5.

⁷³ 2010. évi I. törvény az anyakönyvi eljárásról [Act I of 2010 on civil status registration procedure], s. 14 (1).

⁷⁴ S. 44/A. (1) of Act on civil status registration procedure.

⁷⁵ Civil Process Code s 593.

⁷⁶ S. 171 (2) of the Civil Process Code.

⁷⁷ S. 320 (1) of the Civil Process Code.

⁷⁸ S. 14 (3) c) of Act on civil status registration procedure.

VI. Material requirements for recognition

1. Conditions for recognition

50. The New PIL Code determines the conditions for recognising a foreign decision in section 109:

- (1) The decision of a foreign court shall be recognised if
 - a) the jurisdiction of the foreign court seised was founded based on this Act,
 - b) the decision became final or has an equivalent legal effect under the law of the state in which it was rendered, and
 - c) none of the grounds for denial specified in subsection (4) apply.
- (2) If this Act does not provide otherwise, for the purpose of subsection (1) point a), the jurisdiction of the foreign court seised shall be considered as founded if it proceeded based on a ground of jurisdiction which would establish the jurisdiction of a Hungarian court based on this Act.
- (3) Regarding the recognition of decisions in matters concerning family law and personal status, any other citizenship of a Hungarian citizen shall be taken into consideration in the course of the examination of whether the jurisdiction of the foreign court seised was founded.

51. For decisions rendered in matters concerning family law and personal status, the New PIL Code lays down special rules. Thus, it determines when the jurisdiction of the foreign court seised must be considered founded (sections 116-119); it creates a special ground for recognition regarding marriages (section 116 (2)) and adoption (section 120); and specifies deviations from the general rules when the recognition may be denied in such cases (section 116 (3) and section 121).

52. Courts have to examine *ex officio* that

- the jurisdiction of the foreign court seised was founded based on the New PIL Code. The jurisdiction of the foreign court seised shall be considered as founded if it proceeded based on a ground of jurisdiction which would establish the jurisdiction of a Hungarian court based on the New PIL Act;
- the decision became final or has an equivalent legal effect under the law of the state in which it was rendered;
- the Hungarian public guardianship authority granted approval to the adoption of a child having Hungarian citizenship; and
- Hungarian public policy was not breached.

53. In two cases, where after having dissolved the marriage by a foreign court, the ex-spouses requested the dissolution of the marriage also in Hungary. In these cases, the Hungarian courts seised established that a decision rendered in a foreign procedure for the dissolution of the marriage of a Hungarian citizen domiciled abroad must be recognised in Hungary.⁷⁹ It must be noted that these decisions were rendered before the application of the Brussels II Regulation under the provisions of the Old PIL Code on the recognition of foreign decisions.

2. Refusal of recognition

54. If recognition takes place by recognising a foreign decision under the provisions of the New PIL Code on recognition of foreign decisions, a foreign decision may not be subject to review on the

⁷⁹ BH1982. 516 and BH 1988. 145.

merits (prohibition of a *révision au fond*). However, the New PIL Code also determines the cases when the recognition of a foreign decision may be denied. The general grounds for the denial of recognition apply also to matters concerning family law and personal status. Pursuant to Section 109 (4) of the New PIL Code:

55. A foreign decision may not be recognised if

- a) the recognition thereof would violate Hungarian public policy,
- b) the party against whom the decision was rendered did not participate in the proceedings either in person or by representative, because the summons and the statement of claim or other document on the basis of which the proceedings were instituted was not served on him at his domicile or place of habitual residence in such a way and at such a time as to allow him to prepare for his defence,
- c) proceedings were instituted before a Hungarian court for the same right stemming from the same facts between identical parties before instituting foreign proceedings,
- d) a Hungarian court previously rendered a final decision on the merits concerning the same right stemming from the same facts between identical parties, or
- e) a court of a foreign state other than the state of the court rendering a decision previously rendered a final decision concerning the same right stemming from the same facts between identical parties which complies with the conditions for recognition in Hungary.

56. The absence of the grounds for denial specified in section 109 (4) b)-e) must be presumed until the contrary is proved.

57. Furthermore, pursuant to section 16 (5), the birth name as well as the married name of a Hungarian citizen which has been validly registered under the law of another state must be recognised in Hungary if the person concerned having Hungarian citizenship or his spouse is also a citizen of this other state or if the place of habitual residence of the Hungarian citizen concerned is located in that state. This rule applies unless the name violates Hungarian public policy.

58. In a case, the Kúria, had to decide about the recognition of the adoption of adult persons by a person who was a Hungarian-Belgian double national.⁸⁰ The adoption was declared by a decision of a court in Marseille. Under Hungarian law, only minors may be adopted and for the validity of adoption Hungarian law requires the observance of the conditions laid down both by the law of the adoptive parent and the person intended to be adopted. This means that the provisions of Hungarian family law on the conditions for adoption have a public policy nature which do not allow any deviation in order to observe the interests of the child. It added, however, that the recourse to the public policy clause is an exceptional possibility, because it involves an obstacle to the free movement of decisions and it may not be established that the recognition of a foreign decision applying a solution differing from the domestic one constitutes the violation of the principles of the legal system. The Kúria also noted that Hungarian law knew before the legal institution of the adoption of an adult person. It found that in the case of the adoption of an adult, the purpose of the protection of the interests of the child does not arise, and recognition may not be denied simply on the grounds that there is a difference in the law of the country of origin (France) and the rules of the state where recognition was sought (Hungary) which would have been applied by the courts or public guardianship authority of the latter state if seised. The Kúria declared that the recognition of the foreign decision did not violate Hungarian public policy. Although the New PIL Code does not provide specifically for the denial of the recognition of a foreign decision on the grounds of abuse of rights, in the same decision, the Kúria also remarked that it could not be established that the procedure requested by the petitioners would have aimed at the circumvention of the purpose of the legal institution of adoption. This statement points to the possible denial of recognition on the grounds of abuse of rights.

⁸⁰ BH2018. 174.

3. Effects of recognition

59. In the case of recognition, the foreign decision has *res judicata* effect in Hungary from the date when the decision became final and binding in the issuing state.⁸¹ For example, in the case of the recognition of a foreign decision dissolving a marriage, the marriage is to be considered as dissolved in Hungary from the date when the decision became final and binding in the issuing state irrespective of the time of the registration of the dissolution of the marriage in Hungary.

VII. Summary

60. Like the private international law of many states, Hungarian private international law ensures the recognition of a legal status acquired abroad by more than one method. These include the procedural recognition of foreign decisions, the conflict-of-laws method and the simple recognition of the foreign legal status. In practice, difficulties have arisen and may emerge in the future in relation to the legal treatment of surrogacy and same-sex relationships.

⁸¹ L. BURIÁN, “Eljárásjogi rendelkezések” [Procedural Provisions], in: L. BURIÁN, L. KECSKÉS and I. VÖRÖS, *Magyar nemzetközi kollíziós magánjog* [Hungarian Conflict of Laws], 2006, p. 296.

RECOGNITION OF A STATUS ACQUIRED ABROAD: POLAND*

RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA RELATIVA AL ESTATUTO PERSONAL VÁLIDAMENTE CREADA O MODIFICADA EN EL EXTRANJERO: POLONIA

NATALJA ŽITKEVIŠ

Independent researcher (Ph.D. in law - Jagiellonian University in Cracow, Poland)

Recibido:20.12.2021 / Aceptado:25.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6750>

Abstract: This report describes legal framework and practical aspects of civil status recognition in Poland. The provisions of the Act on Private International Law and the Law on Civil Status Registry, as well as the Polish judicial and administrative practice are presented. There are certain values that are protected by the Polish Constitution and therefore changes in recognition of the status acquired abroad in some matters seems more difficult to be implemented in the nearest future. The ECHR and CJEU case law are important for the discussion of the issue related to recognition of a status acquired abroad in Poland.

Keywords: status recognition, status acquired abroad, transcription, civil registry, Polish private international law.

Resumen: Este informe describe el marco legal y los aspectos prácticos del reconocimiento del estatuto personal en Polonia. Se presentan las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado y la Ley del Registro del Estado Civil, así como la práctica judicial y administrativa polaca. Hay ciertos valores que están protegidos por la Constitución de Polonia, y, por lo tanto, en algunos asuntos los cambios en el reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero parecen más difíciles de implementar en un futuro próximo. La jurisprudencia del TEDH y del TJUE es importante para la discusión del tema relacionado con el reconocimiento en Polonia de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero.

Palabras clave: reconocimiento del estatuto personal, situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada en el extranjero, transcripción, registro civil, derecho internacional privado de Polonia.

Summary: I. General Issues. 1. Awareness in academia. 2. Legal framework. A) Name and surname. B) Company incorporation theory. C) Same-sex marriages and adoption. D) Parentage. E) Civil Status Registry. F) Transcription. G) EU regulation 2016/1191. 3. Judicial and administrative practice. II. Process of recognition. 1. Recognition of court decisions. 2. Procedure in the civil registry. 3. Acceptance via conflict of laws. III. Conclusions.

*This national report forms part of a comparative law research project which started in 2018. Preliminary results were presented and discussed at an internal meeting in Würzburg in spring 2019, at the JPIL conference 2019 in Munich and at the online conference “La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne” in autumn 2020. The overall comparative analysis, results and discussion are published in this issue in S. GÖSSL/M. MELCHER, “Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU – A Challenge For National Laws”.

I. General issues

1. Awareness in academia

1. Academic discussion regarding status recognition in Poland is relatively high. The issue is raised in commentaries on international private law¹ and articles on specific topics of international private law, e.g. names, adoption, surrogacy, registered partnerships and same sex marriages², as well as legal opinions of private persons and institutions³. The articles discuss not only Polish solutions, but regulations in other EU member states. They mention the issue of cross-border recognition, though concentrating on non-acceptability of status recognition due to the provisions of the Constitution of Poland, especially when it concerns registered partnership, same-sex marriages, and public policy when it refers to surrogacy. The problem is raised in several textbooks and commentaries⁴. There is a monography about name in international private law that raises this problem⁵. The scholars' impact on family law and other areas of law is valuable. There are articles focusing on matters related to family law, and also extending discussion to other problems, e.g. company law⁶. There is a methodological discussion on specific questions, e.g. same-sex marriage and surrogacy and the need for recognition is discussed.

¹ „Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz”, ed. J. POCZOBUT, Warszawa 2017, „Prawo prywatne międzynarodowe, t. 20A”, (in:) *System Prawa Prywatnego*, ed. M. PAZDAN, Warszawa 2014.

² A. MAĆZYŃSKI, „Kolizyjna problematyka nazwiska” (in:) ed. J. GUDOWSKI, K. WEITZ, *Aurea praxis aurea teoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011; M. PAZDAN, „Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym”, (in:) ed. P. MACHNIKOWSKI, J. GOŁACZYŃSKI, *Współczesne problemy prawa prywatnego: księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010; A. DORABIALSKA, „Między normą kolizyjną a instytucją uznania – nazwisko w orzecznictwie TS”, *EPS* 2011, no. 3; M. PILICH, „Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony”, *KPP* 2012, no. 3; M. TABOROWSKI, „Swobodny przepływ osób w UE a nazwiska osób fizycznych, uwagi na tle orzecznictwa TS”, *EPS* 2012, no. 1; A.N. SCHULTZ, „Ochrona prawa do imienia i nazwiska dziecka w świetle prawa międzynarodowego i polskiego”, *Metryka* 2012, no. 2; A. PAPIS, „Zmiana imienia i nazwiska obywatela polskiego dokonana za granicą”, *Technika i USC* 2013, no. 1 (74); F. NOWAK, „Kilka uwag na temat wskazania prawa właściwego dla imienia i nazwiska osoby fizycznej w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe”, *Metryka* 2015, no. 1; A. BARAŃSKA, „Uznawanie zagranicznych rozstrzygnięć dotyczących zmiany imienia i nazwiska”, *Metryka* 2015, no. 1; P. KASPRZYK, P. SKUBISZEWSKI, „Problem imienia i nazwiska a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego”, *Metryka* 2015, no. 1; M. WOJEWODA, „Prawo właściwe dla nabycia i zmiany imienia i nazwiska”, *Metryka* 2015, no. 1, *idem*, „Międzynarodowe uznawanie imion i nazwisk”, *Metryka* 2015, no. 5; *idem*, „Kilka uwag o definicji „stanu cywilnego” w nowej ustawie – Prawo o aktach stanu cywilnego”, *Metryka* 2014, no. 2; P. KASPRZYK, „Zmiana imienia i nazwiska w prawie polskim: (wstęp do problematyki)”, *Studia Prawnoustrojowe* 2006, no. 6; P. WYPYCH, „Prawo właściwe dla nabycia i zmiany imienia i nazwiska”, (in:) ed. P. KASPRZYK, *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie, Zagadnienia wybrane*, Lublin 2005; P. RUCZKOWSKI, „Ustawa o zmianie imienia i nazwiska. Komentarz”, Warszawa 2010; P. MOSTOWIK (ed.), „Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective”, Warsaw 2019; P. MOSTOWIK (ed.), „Fundamentalne prawne problemy surrogatki. Perspektywa krajowa”, Warszawa 2019.

³ J. PAWLICZAK, „Opinia prawna na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)” [English: *Legal opinion about the need and acceptance of institutionalization of partnerships of same sex persons (in the context of civil and constitutional law)*], POLISH SOCIETY OF ANTIDISCRIMINATION LAW; HELSINKI FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS, “European Court of Human Rights Orlandi and others against Italy application nos. 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12 written comments by the Helsinki Foundation for Human Rights”, Warsaw 2014; HELSINKI FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS, “Request for an advisory opinion from the French Court of Cassation no. P16-2018-001”, Warsaw 2019.

⁴ M. PAZDAN, „Prawo prywatne międzynarodowe”, Warszawa 2017, M. CZEPELAK, „Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej”, Warszawa 2012.

⁵ K. MIKSZA, „Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym”, Gliwice 2015.

⁶ P. BŁASZCZYK, „Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym”, *PiP* 2011, no. 11, M. MATACZYŃSKI, „Kolizyjnoprawne pojęcie siedziby osoby prawnej”, *KPP* 2013, no. 2, J. POCZOBUT, „Osoby prawne w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Projekt nowelizacji ustawy”, *KPP* 2000, no. 3, *idem*, „Statut personalny osób prawnych w projekcie ustawy – prawo prywatne międzynarodowe z sierpnia 2010 r.” (in:) red. J. GUDOWSKI, K. WEITZ, *Aurea praxis aurea teoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011, M. SZYDŁO, „Statut personalny osób prawnych w projekcie nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe”, *KPP* 2007, no. 1.

2. Legal framework

2. Poland has introduced a new legal act on private international law in 2011 (hereinafter referred to as “PIL”), the previous law was in force since 1965. The introduction of PIL and its provisions were highly debated in Polish academic circles⁷.

PIL does not include provisions about the recognition of foreign decisions, as they are incorporated into the provisions of the Code on Civil Procedure from 1964 (hereinafter referred to as “CCP”)⁸. Article 1145 of CCP states that the decisions of foreign courts in civil matters shall be recognized by law, unless there are obstacles listed in Article 1146.

A) Name and surname

3. PIL introduced Article 15 about name and surname of a person. There is awareness that the questions of recognition are not limited to regulation of name. Article 15 par. 1 of PIL uses nationality as connecting factor, with a preference of Polish nationality in case of double national with Polish nationality. This provision does not provide for possibilities of choice of law⁹. The acquisition and change of name and surname are governed by law applicable to evaluation of consequences of event that leads to acquisition or change of name or surname (Article 15 par. 2 of PIL). Nevertheless, choice of name after marriage or divorce is subject to national law of each spouse.

4. In Polish legal system change of name and surname is conducted in an administrative procedure¹⁰, and though in legal literature it is considered that it constitutes a civil case¹¹. The reason is that name and surname identify a physical person as civil law subject and elements of civil status. The cases about change of name and surname are specific, as prerequisites of change are provided for in civil law, e.g. Civil Code and Family and Guardianship Code, as well as in the Law on Change of Name and Surname¹².

5. The change of name is regulated by internal laws: the Law on Civil Status Registry¹³ and the Law on Change of Name and Surname. Article 29 of the Law on Civil Status Registry states that “1. The family name is the surname stated in the birth certificate, and the surname is stated in marriage certificate or death certificate; the name of the person who did not get married is the family name”; 2. In the civil status record the civil status of a person is specified as a situation of this person in relation to marriage:

⁷ A. MAĆZYŃSKI, „Opinia o projekcie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (druk sejmowy nr 1277) z 16.12.2008 r.”, *BAS* 2008, *idem*, „Przeciwko potrzebie uchwalenia nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe”, *ZPBAS* 2009, no 1 (21), *idem*, „Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego”, w: A. JANIK (ed.), *Studia i rozprawy, Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*, Warszawa 2009, *idem*, „Europejski kontekst re kodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego”, (in:) J. WROCENSKI, J. KRAJCZYŃSKI (ed.), *Finnis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, Warszawa 2009, *idem*, „Program haski a polskie prace kodyfikacyjne w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego”, *KPP* 2009, no. 1, M. PAZDAN, „O potrzebie reformy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego i niektórych proponowanych rozwiązaniach”, *KPP* 2000, z. 3, *idem*, „O potrzebie uchwalenia nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe”, *ZPBAS* 2009, nr 1 (21), K. ZAWADA, „O projekcie nowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego”, *KPP* 2006, z. 4.

⁸ The Code of Civil Procedure of 17th November, 1964, as published in *Dziennik Ustaw* 1964, No. 43, item 296 (with further amendments).

⁹ This solution is criticized by A. MAĆZYŃSKI, „Kolizyjna problematyka nazwiska” (in:) red. J. GUDOWSKI, K. WEITZ, *Aurea praxis aurea teoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011, p. 2410.

¹⁰ Please see discussion if it is civil or administrative case: A. BARAŃSKA, „Uznawanie zagranicznych rozstrzygnięć dotyczących zmiany imienia i nazwiska”, *Metryka* 2015, no. 1, p. 121. The same solution is adopted in other member states, as discussed by D. DZIEWULAK, „Zmiana nazwiska w państwach Unii Europejskiej”, *Analizy BAS* 2012, no. 14 (81).

¹¹ M. WOJEWODA, (in:) ed. M. PAZDAN, *System prawa prywatnego T. 20C*, Warsaw 2015, p. 571; A. PAPIS, „Zmiana imienia i nazwiska”, *Technika i USC* 2013, no. 1, p. 14.

¹² Law on Change of Name and Surname of 17th October 2008, as published in *Dziennik Ustaw* 2008, No. 220, poz. 1414 (with further amendments).

¹³ Law on Civil Status Registry of 28th November 2014, as published in *Dziennik Ustaw* 2014, item 1741 (with further amendments).

single, married, divorced, widow, widower; 3. Surnames and names of foreigners shall be determined on the basis of a travel document or other document confirming their identity and citizenship, and surnames and names of child's parents and surname of foreigners' child shall be determined on the basis of a travel document or other document confirming identity and citizenship of parents”.

6. There is an opinion in the doctrine in relation to the acceptance of name and surname that if the civil status document was construed in accordance with local regulation, it should be automatically recognized in Poland¹⁴. It is advised to adopt this solution in cross-border cases for incidental questions¹⁵. Recognition of surname acquired and registered in the country with which person is closely connected, serves better than classical conflicts of law method to obtain international uniformity of surname of the person¹⁶.

7. In case of a marriage outside Poland we can imagine two scenarios¹⁷: 1) marriage between man and woman, and 2) same sex marriage. In first case if a woman (Polish citizen) acquires a surname of her husband, it will be recognized in Poland. In second case if a woman (Polish citizen) acquires another surname abroad, it is not possible to use it in Poland. Polish law does not know the institution of same sex marriages; therefore, it is not recognized, and consequently it is problematic to accept changes of surname. The woman can nevertheless apply to change of name in accordance with the law on change of name and surname (Article 4 par. 1). The reason to justify the change in this case would not be the same sex marriage concluded abroad, as it would not be accepted by the Polish authorities, but constant use of the other name abroad. In the doctrine it is underlined that this solution does not seem to be correct¹⁸. This solution will most probably not be accepted by the Polish officials. In confirmation of this statement there was already the decision of the Regional Administrative Court with the reference to Article 4 of Law on Change of Name and Surname which suggests that the surname of a same-sex partner, even if it is used abroad, cannot be „recognized”.

B) Company incorporation theory

8. PIL introduced new regulation related to status of company, adopting theory of seat (Article 17 par 1). In case law applicable in accordance with par. 1 provides for application of law of incorporation (theory of incorporation: Article 17 par. 2). In accordance with Article 17 par. 1 of PIL the seat is the relevant connecting factor. Actually, there is no common interpretation of the “seat” that might be difficult in practice. There might be a conflict with freedom of establishment, therefore in Article 17 par. 2 provides an alternative in form of application of incorporation theory, if the applicable law establishes in accordance with the par. 1 provides so. This provision was introduced to enable use that place of incorporation is used as a connecting factor. It is in line with case law of CJEU.

C) Same-sex marriages and adoption

9. In Poland recognition of same-sex marriage and adoption is not possible due to Article 18 of the Constitution stating that: “Marriage, being a union of a man and a woman, as well as the family, motherhood and parenthood, shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland¹⁹”.

¹⁴ M. WOJEWODA, „Międzynarodowe uznawanie imion i nazwisk”, *Metryka* 2015, no. 5, p. 67.

¹⁵ A. DORABIALSKA, „Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą”, *PiP* 2012, no. 4, p. 55-56.

¹⁶ A. MAĆZYŃSKI, „Kolizyjna problematyka nazwiska” (*in.*) ed. J. GUDOWSKI, K. WEITZ, *Aurea praxis aurea teoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011, p. 2420.

¹⁷ M. WOJEWODA, „Międzynarodowe uznawanie imion i nazwisk”, *Metryka* 2015, no. 5, pp. 59-61.

¹⁸ M. WOJEWODA, „Międzynarodowe uznawanie imion i nazwisk”, *Metryka* 2015, no. 5, pp. 60.

¹⁹ The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997, as published in *Dziennik Ustaw* 1997, No. 78, item 483, available: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

The main aim of this constitutional provision is to ensure that the introduction of same-sex marriage would not be passed without Constitution amendment²⁰. In the legal literature it is raised that legalization of same sex partnership relations is possible, though at the same time reserve that freedom of legislator is limited in this field. It is raised that in the light of Article 18 of the Constitution it is not possible to establish an institution that is “identical” or “similar” to marriage. It is stated that “violation of Article 18 of the Constitution would be not only alignment of regulation about same sex partnership with regulation about marriage, but also assimilation of these regulations²¹. In another article there is an opinion that Article 18 of the Constitution does not “preclude to adopt in the legislation of general regulation allowing registration of same sex partnerships under condition that they are not recognized as marriages and would not have identical rights (or broader) than marriages²². The Constitutional Court have indicated in its decisions that from Article 18 of the Constitution the obligation to protect and care for marriage indicates that persons who entered into marriage should not be treated worse than persons living together who have not entered into marriage²³. It is important to note that recently the Supreme Administrative Court 20 March 2012²⁴ stated in its decision taking under consideration the provisions of foreign law that “registered partnership relation also called as formal partnership relation is understood quite generally as legal civil relationship of two persons of any gender”. The Supreme Court of Poland has delivered resolution on 28 November 2012²⁵ in which the Court formulated the obligation of equal treatment of persons remaining in same-sex and heterosexual cohabitation. According to the Supreme Court, a person being in *de facto* cohabitation with a deceased partner is a person who remained in emotional, physical and economic ties with the partner, including homosexual partner. The resolution was delivered as a result of the case pending before Polish courts regarding the right to enter into a lease agreement after homosexual partner death. The Supreme Court referred to the European Court of Human Rights case law, in particular to the judgment in the case from 2 March 2010 P. Kozak v. Poland²⁶.

D) Parentage

10. The Polish law does not allow parentage for same sex marriages or partnerships (concluded abroad), at the same time it is noticed that Polish law does not provide for definition of motherhood or parentage. In such cases the public order clause is applied, though non-recognition of one of the parents in practice would deprive a child of guardianship of one legal guardian that could lead to violation of child’s rights²⁷. The same could be applicable in context of genetic mother in case of surrogate motherhood²⁸.

E) Civil Status Registry

11. The Law on Civil Status Registry regulates in detail what kind of events may be included in the civil status registry, i.e. marriage, birth and death. Events registered in other countries which are not

²⁰ Judgment of the Polish Constitutional Court of 11 May 2005, K 18/04 . Please refer to: A. MAĆZYŃSKI, „Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego”, (in:) ed. P. KARDASS, T. SROKA, W. WRÓBEL, *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, vol. I*, Warsaw 2012, p. 757-778.

²¹ A. MAĆZYŃSKI, „Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych” (in:) ed. M. ANDRZEJEWSKI, *Związki partnerski. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, p. 94. B. BANASZEK, „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, Warszawa 2012, p. 148.

²² M. NAZAR, „Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.”, *Rejent* 1997, no. 5, p. 109.

²³ Judgments of the Polish Constitutional Court: 1) of 18 May 2005 (K 16/04, published in OTK ZU no. 5/A/2005, item 51, part III, par. 4), and 2) of 3 December 2013 (P40/12, published in OTK ZU no. 9/A/2013, item 133) part III, par. 10.

²⁴ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 20 March 2012, II FSK 2083/10.

²⁵ Judgment of the Polish Supreme Court of 28 November 2012, ref. no. III CZP 65/12.

²⁶ ECtHR 2 March 2010, *P. Kozak v. Poland*, no. 13102/02.

²⁷ A. DORABIALSKA, „Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą”, *PiP* 2012, no. 4, p. 63, footnote 39.

²⁸ A. DORABIALSKA, „Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą”, *PiP* 2012, no. 4, p. 63-64, footnote 39.

known in the Polish legal system, such as same-sex partners, are not subject to obligation to register in the civil status registry. Furthermore, the Court stated that such interpretation does not infringe provisions of PIL. According to Article 7 of PIL, the law of other state is not applied when the consequences of its application would be contrary to the fundamental rules of the Polish legal system. The refusal to include an event in the civil registry is thus lawful if it would violate the constitutional order. In Poland case law is not binding source of law. In practice lower courts are following the decision line of the higher courts.

F) Transcription

12. In accordance with Article 2 par 1 of the Law on Civil Status Registry²⁹: “a civil status is a legal situation of a person expressed by personalizing features of the person, shaped by natural events, legal acts or court decisions, or decisions of the authorities stated in the civil status records”. The transcription - a faithful and literal transfer of the contents of a foreign civil registration document, both linguistically and formally, without any interference in the spelling of names and surnames of persons indicated in a foreign civil registration document - is conducted in accordance with Article 104 of Law on Civil Status Registry³⁰. All the data is transferred without introduction of any changes related to Polish language or changes to form of surname after marriage, e.g. change from male to female form³¹. The spelling of a non-Polish personal name shall be in accordance with the rules of orthography of the relevant language.

13. The analysis of the civil status document that leads to refusal of transcription is required in the following cases (in accordance with Article 107):

- 1) A document in the country of issue is not recognized as a civil status document or is not authentic or has not been issued by the competent authority, or raises doubts as to its authenticity, or confirms an event other than birth, marriage or death.
- 2) A foreign document was created as a result of transcription in a country other than the state of the event.
- 3) Transcription is contrary to the basic principles of the legal order of the Republic of Poland.

14. Due to this reason the following acts are not subject to transcription in Poland: divorce certificates issued in some countries, registered partnership certificates, same sex marriage certificates. The transcription (in general) refers only to marriage that is not contrary to the basic principles of the Polish legal order, as mentioned above marriage is only possible between man and woman³².

G) EU regulation 2016/1191

15. In terms of the reception of the EU Regulation 2016/1191 on the circulation of public documents the discussion be summarized with as follows: EU competence in family matters should not

²⁹ Detailed analysis: M. WOJEWODA, „Transkrypcja aktu urodzenia dizeza, które zostało uznane za granicą”, *KPP* 2017, no. 2, pp. 337-361; P. KASPRZYK, P. SKUBISZEWSKI, „Problem imienia i nazwiska a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego”, *Metryka* 2015, no. 1, p. 331-342.

³⁰ Detailed analysis: M. WOJEWODA, „Transkrypcja aktu urodzenia dizeza, które zostało uznane za granicą”, *KPP* 2017, no. 2, pp. 337-361; P. KASPRZYK, P. SKUBISZEWSKI, „Problem imienia i nazwiska a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego”, *Metryka* 2015, no. 1, p. 331-342.

³¹ Judgment of the Polish Supreme Court of 8 August 2003, ref. no. V CK 6/2002, OSNC 2004, no. 1-8, item 131; Judgment of the Polish Supreme Court of 15 April 2011, ref. no. III CZP 12/2011; Judgment of the Polish Supreme Court of 3 June 2011, ref. no. III CSK 259/2010, Judgment of the Polish Supreme Court of 20 November 2012, ref. no. III CZP 58/2012, Biuletyn SN 2012/11.

³² M. WOJEWODA, „Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa jednopłciowe I związki partnerskie zawierane za granicą”, *KPP* 2015, no. 3, pp. 713-714.

affect de facto material effects³³ and should not establish uniform rules about adoption, marriage, or change the definition of marriage on the member state level. In accordance with its preamble it shall not influence recognition in of the members states of legal effects of the document issued in another member state. There were doubts if this regulation does not have a broader meaning than announced, e.g. for understanding of the meaning of civil status³⁴. In practice it will not affect material law of member states about civil status³⁵. It will be in force to enhance the movement of public documents. The doctrine states that EU regulation will not have other effects that currently are achievable when applying Polish law³⁶. There is currently no legislative adaption³⁷. The Ministry of Digitalization has commissioned the Central Computer Center to formalize this issue from the technical side.

3. Judicial and administrative practice

16. In accordance with the Polish doctrine “acceptance” could only be applicable to relations documented in appropriate registry, e.g. companies, marriages, registered partnership relations, parentage, name and surname, and some property rights³⁸. There are arguments stating that status recognition is in the interest of international cooperation, as well as efficiency of procedures and protection of parties’ expectations. Recognition could be refused due to public policy clause or mandatory rules, though it is always stated that this clause should not be abused.

17. The Supreme Court has stated in its decision of 20 November 2012 that “civil status document issued abroad constitutes only a proof of event recorded therein, even if it has not been entered into Polish civil status registry. Foreign document may be presented in courts or administrative bodies”³⁹. This corresponds to interpretation Article 3 of the Law on Civil Status Registry⁴⁰. It states that “civil status records are the sole proof of events stated in them; their non-compliance with the truth can only be proven in court proceedings”. The civil status document is a proof of the event, but it does not automatically lead to acceptance of circumstances in accordance with the public policy. In practice it means that a foreign civil status document is considered to prove that a certain event took place in that country, but it does not entail automatic recognition of its content. In case of a judgement, the judgement proves the event rather than a document issued as a consequence.

18. There was a following case: the minor Aleksander was a Polish citizen by law. In accordance with the Article 34 par. 1 of the Constitution the Polish citizenship is acquired by birth to Polish parents. Article 14 of the Law on Polish Citizenship from April 2, 2009⁴¹, states that the minor acquires Polish citizenship by law when born to at least one Polish citizen. The dispute concerned the following: whether the authority was required to transfer the minor’s birth certificate to the civil status registry. In

³³ P. MOSTOWIK, K. SONDEL-MACIEJEWSKA, „Materialnoprawne rezultaty unijnejwspółpracy sądowej w sprawach rodzinnych”, (in:) ed. J. POCZOBUĆ, *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, Warsaw 2013, p. 172-202.

³⁴ P. MOSTOWIK, „Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego”, *Rodzina i Prawo* 2016, no. 37, p. 105-106.

³⁵ P. MOSTOWIK, „Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego”, *Rodzina i Prawo* 2016, no. 37, p. 97-107.

³⁶ M. WOJEWODA, „Transkrypcja aktu urodzenia dizeza, które zostało uznane za granicą”, *KPP* 2017, no. 2, pp. 337-361; P. KASPRZYK, P. SKUBISZEWSKI, „Problem imienia i nazwiska a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego”, *Metryka* 2015, no. 1, p. 344, footnote 29.

³⁷ P. MOSTOWIK, „Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego”, *Rodzina i Prawo* 2016, no. 37.

³⁸ I. KARASEK, „Kolizyjnoprawna problematyka nieposesoryjnych zabezpieczeń rzeczowych ustawowionych pod rządami praw obcych”, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2006, no 2, p. 17.

³⁹ Judgment of the Polish Supreme Court of 20 November 2012, III CZP 58/12, OSNC 2013, no. 5, item 55.

⁴⁰ Law on Civil Status Registry of 28 November 2014, as published in Dziennik Ustaw 2014, item 1741 (with further amendments).

⁴¹ Dz. U. z 2012 r. poz. 161(with further amendments).

accordance with the binding legislation – Article 104 par. 5 of the Law on Civil Status Registry - the issue of the Polish passport to a minor will depend on the transcription. In accordance with the decision of the panel of seven judges of the Supreme Court from November 20, 2012⁴², the foreign civil status certificate should only be considered as evidence of the events stated therein, even though it was not transcript to the Polish Civil Status Registry. The Supreme Court clearly stated that the transcription is not obligatory is in accordance with the Article 104 par. 1 of the Law on Civil Status Registry (previously it was the Article 73 par. 1). The Supreme Court also referred to the Article 1138 of the CCP, in accordance with which the foreign civil status records have the same evidential value, as the Polish documents. Nevertheless, there is a requirement to make a transcription of a foreign birth certificate in order to obtain a Polish passport, as it is obligatory to submit a copy of the Polish birth certificate by an applicant for a passport, as per § 3 (1) point 4 of the Regulation of the Minister of the Interior from August 16, 2010 on passport documents⁴³. The legal status changed after the entry into force of the new Law on Civil Status Registry from November 28, 2014. The requirement to submit a Polish civil status certificate in the event of applying for a Polish identity document has been expressly stated in Article 104 par. 5. This provision introduced the obligation to transcribe a foreign marital status document, *inter alia*, if a Polish citizen to whom a foreign marital status document applies is applying for a Polish identity document or a PESEL number.

19. In the Judgment of the Supreme Administrative Court⁴⁴ it was stated that child of Polish citizen has a right to acquire Polish citizenship. The American documents showed that the applicants were children of Polish citizen, the deliberations of the administrative authorities and regional administrative courts with regard to same-sex marriages and adoptions are irrelevant. Irrelevant was also the question of legality of surrogacy contracts in Poland. The court stated that the right to citizenship is a human right and therefore the law in this area should be interpreted in accordance with the principle of human dignity, equality and non-discrimination. The Court invoked Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights, as well as Articles 7 and 8 of the Convention on the Rights of the Child, Article 8 of the ECHR.

20. On 10 October 2018 the Supreme Administrative Court overruled a judgment of Administrative Court in Cracow⁴⁵ and previous administrative decisions related to the refusal to enter a British birth certificate into the Polish birth register (transcription)⁴⁶. The case concerned the transcription of a British birth certificate of a four-year-old boy, a son of two women who are Polish citizens. It was underlined that as in binding legislation there is an obligation to have a transcription of a foreign birth certificate for a Polish citizen to receive an identity document, it is not possible to use public policy clause in such cases. The refusal to transcribe a foreign birth certificate would render a child an “illegal person”. Such status would restrict the child’s access to other rights and freedoms. The best interest of a child and the principle of nondiscrimination were the key elements in this decision. The court applied ECHR and Charter of Fundamental Rights of the European Union. The court underlined that though under ECHR Poland does not have an obligation to recognize same-sex marriages that were entered into outside of Poland, there is an obligation to register birth certificates of children of same-sex parents that can be derived from Polish law. The Court did not consider the necessity to refer for a preliminary ruling to the CJEU, especially considering that the ruling in *Coman & Others*⁴⁷ that same-sex marriages need to be recognized between the EU Member States for the purpose of the freedom of movement. In previous case in 2014 the Supreme Court rules against transcription. This was due to the change in the Law on Civil Status, as prior to 1 March 2015, a transcription of a foreign civil status act, such as a birth certificate, was facultative under Polish administration law. The new legislation introduced an obligatory transcription of a foreign civil status act

⁴² Ref. no. III CZP 58/12, LEX no. 1227013.

⁴³ Dz. U. Nr 152, poz. 1026.

⁴⁴ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 30 October 2018, ref. no. II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 1871/16.

⁴⁵ Case no. XI.534.2.2018 of the Polish Administrative Court in Cracow.

⁴⁶ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, ref. no. II OSK 2552/16.

⁴⁷ Case C-673/16 (Judgment of 5 June 2018).

in cases of a Polish citizen applying for a passport, an ID card or a social security number. In the past the administrative courts invoked Article 107 of the Law on Civil Status Registry to refuse transcription of foreign birth certificates in which two persons of the same sex were indicated as parents of the child⁴⁸. In practice this obligatory transcription only means that the child receives Polish nationality and passport, but it does not constitute recognition of the parentage by the same-sex parents. Technically it does not constitute recognition, as it is limited to the effects of Polish nationality.

21. The areas of law concerned by the recognition problems are the following:

Many areas of **name law**: recognition and acceptance of public and private name changes, surname after marriage, name by birth.

In the cases related to the recognition of names courts refer to the case-law both the CJEU and the ECHR. Courts made reference to Article 8 of the ECHR refusing acceptance of same-sex marriages and parenthood as not violating ECHR.

22. Parentage: adoption (recognition), fatherhood by declaration of recognition and later registration in civil status records (acceptance), surrogacy arrangements (recognition).

On April 17, 2019, the Supreme Administrative Court heard the case regarding the transcription to the Polish registers of civil status of a foreign birth certificate of a child who is a Polish citizen, and there are two women indicated as its parents⁴⁹. The Supreme Administrative Court decided to postpone to the substantive examination of the case and present this legal issue to the panel of seven judges as the case raises serious doubts. The Ombudsman joined the proceedings before the Supreme Administrative Court, supporting the cassation complaint against the judgment of the Provincial Administrative Court in Warsaw, brought by the child's mother. The Ombudsman expressed an opinion that due to the fact that the transcription constitutes a necessary condition to obtain a Polish identity document and PESEL number, it is obligatory. This results not only from the provisions of the Law on Civil Status Registry, but also from the obligation to consider the best interest of the child and protection of its right to citizenship resulting from its rights to identity, respect for family life and relationship of both parents. It is in the best interest of the child that the transcription of the foreign birth certificate is made to the Polish civil registry. The Supreme Administrative Court confirmed it in its decision from October 10, 2018 issued in the case with the same factual background⁵⁰.

23. In the discussed case the panel of seven judges received the question from – whether the art. 104 par. 5 of the Law on Civil Status Registry in connection with the art. 7 of PIL allows transcription of the foreign birth certificate where two persons of the same sex are indicated as parents. The resolution issued by the panel of seven judges of the Supreme Administrative Court will be binding in the case, and also in accordance with the prevailing doctrine, will have to be respected in the future similar cases. The date of the hearing is not yet determined. On December 2, 2019, the panel of seven judges of the Supreme Administrative Court adopted the following resolution: the provision of Article 104 par. 5 and Article 107 clause 3 of the Act on Civil Status in connection to Article 7 of PIL does not allow transcription of the child's foreign birth certificate, in which persons of the same sex are entered as parents⁵¹. The Supreme Administrative Court indicated that as a result of such transcription a Polish marriage certificate is being created, which in terms of the probative effect does not differ from civil status certificate resulting from the registration of a legal event/ *zdarzenie prawne*. Entering in the Polish civil status register of by transcription of two women as parents of a child would violate the basic principles of the Polish legal order. In Polish law, only a mother and a father can be parents of a child. Interpretation of art. 104 par. 5 of the Act on Civil Status cannot lead to a situation in which a Polish citizen will not be able to obtain a PESEL number or identity card due to entering on their foreign birth certificate two women as parents.

⁴⁸ Judgment of the Polish Regional Administrative Court in Gliwice of 6 April 2016, ref. np. II SA/GI 1157/15; Judgment of the Polish Regional Administrative Court in Warsaw of 20 October 2016, ref. no. IV SA/Wa 1784/16.

⁴⁹ Ref. no. II OSK 1330/17.

⁵⁰ Ref. no. II OSK 2552/16

⁵¹ Ref. no. II OPS 1/19.

In such a case, the evidential value of foreign official documents should be taken into account, along with Polish official documents pursuant to art. 1138 CCP. The Court considered unjustified to refer a legal question to the Court of Justice of the EU in the case under consideration. It was only because of the negative result of the procedure for issuing an identity card that the freedom of movement of the applicant could be affected within the EU.

24. Marriage, legally concluded in other country is being recognized in Poland without particular preconditions. The PIL rules are applied and public policy clause. Same sex marriages or partnerships will not be recognized due to public policy exception. In majority of cases the courts grant acceptance for the name acquired abroad, unless the name was acquired upon conclusion of same sex marriage or registered partnership.

25. The court practice shows that Polish authorities and courts refuse not only to officially register the fact of concluding same sex marriages or registered partnership outside Poland, but also to insert to the Civil Status Registry some information about it in the form of unbinding note which does not create any right and obligation of same-sex partners⁵². According to the practice of Polish authorities and courts, same-sex partners who concluded partnerships abroad were treated as persons remaining in informal, not registered partnerships. The Regional Administrative Court in Warsaw⁵³ decided that recognizing the same-sex marriage would be contrary to the basic principles of the Polish legal order, therefore it is not possible to enter to the Civil Registry the marriage certificate of the same sex couple. In the judgment of the Supreme Administrative Court⁵⁴ it is stated that putting to the Civil Status Registry information about concluding same-sex partnership abroad is not possible as it is contrary to the Law on Civil Status Registry. The Supreme Administrative Court⁵⁵ stated that interpretation is not contrary to the case law of the European Court of Human Rights, according to which states are entitled to limit the access to the same sex marriages. In this respect the Court referred to the ECHR judgment in the case *Schalk and Kopf v. Austria*⁵⁶ and stated that such limitation concerns also same-sex civil partnerships. Another judgment of the Supreme Administrative Court⁵⁷ was delivered in a case brought by the same applicants - two woman (S.F. and K.F.), who concluded same-sex partnership in Edinburgh in the United Kingdom. Their partnership was registered in the Register of Civil Partnership of the UK. In 2011 S.F. and K.F. turned to the Civil Status Registry Office in Poland to include, under Article 73 par. 4 of the Law on Civil Status Registry⁵⁸, in their birth certificate information about the partnership. The administrative authorities - the Head of the Civil Status Registry Office and courts refused to put such information in the birth certificate. The Supreme Administrative Court judgment denied putting an unbinding information into the birth certificate.

26. On February 28, 2018, the Supreme Administrative Court confirmed the position of the prosecutor of the National Prosecution Office and dismissed the cassation complaint of two woman who got married abroad and wished their marriage to be recognized in Poland⁵⁹. In this matter the Head of Civil Status Registry Office refused to make transcription of the foreign marriage certificate of two women. The Pomeranian Voivode upheld the decision of the Head of Civil Status Registry Office. The women appealed the decision to the Provincial Administrative Court in Gdańsk that issued a decision on January 14, 2016, confirming that the decision of the Pomeranian Voivode was in accordance with the Polish

⁵² Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 20 March 2012, ref. no. II FSK 2082/10.

⁵³ Judgment of the Polish Regional Administrative Court in Warsaw of 3 November 2017, ref. no. IV SA/Wa 1893/17.

⁵⁴ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 19 June 2013, ref. no. II OSK 475/12.

⁵⁵ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 20 March 2012, ref. no. II FSK 2082/10.

⁵⁶ ECtHR 22 November 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04.

⁵⁷ Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 19 June 2013, ref. no. 475/12.

⁵⁸ This provision stipulates that the Head of the Civil Status Registry Office may include into Civil Status Registry information in a form of unbinding note as an additional information (*wzmianka dodatkowa*) or a postscript (*przypisek*) upon a document issued by other state that need not to be officially recognised in Poland.

⁵⁹ Ref. no. II OSK 1112/16.

law⁶⁰. The court emphasized that since in Poland only the marriage between woman and man could be registered in the of a civil status certificate (Article 2 par. 2 and par. 3 of the Law on Civil Status Registry), the foreign marriage certificate can be transcribed into the Civil Status Registry only if the spouses are a man and a woman. Otherwise, when the marriage certificate indicates persons of the same-sex, the transcription is against the basic principles of Polish law, and therefore is unacceptable. Then the women filed a cassation complaint to the Supreme Administrative Court.

27. The same decision line was upheld in the following decisions: of the Provincial Administrative Court in Gliwice from April 6, 2016⁶¹ and of the Provincial Administrative Court in Krakow from May 10, 2016⁶². In these decisions it was stated that it was not possible to perform transcription of the foreign birth certificates, when the parents are same-sex couple (two women).

28. On January 8, 2019, the first interpretation different to the traditional was laid out in the latest decision of the Provincial Administrative Court in Warsaw. In the decision's reasoning the court states that same-sex relationships are compliant with the Constitution. Article 18 of the Constitution does not prohibit the legislator to institutionalize by virtue of laws the status of same-sex or different-sex relationships of people, who for their own reasons do not want to enter into a marriage in its traditional meaning. The Article 18 was invoked when the Registry Office in Warsaw denied recognition of the marriage between Jakub and David in Madeira. The appeal was made to the Mazowiecki Provincial Office, who upheld the decision. The complaint to the Regional Administrative Court was filled. The hearings took place in January 2019. The decision was also negative, and the couple decided to appeal to Supreme Administrative Court. Nevertheless, the reasoning of the Regional Administrative Court came as a surprise. The Court states that "in accordance with Article 18 of the Constitution marriage, being a union of a man and a woman, as well as the family, motherhood and parenthood, shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland. The Court agrees with the Applicants that the above-mentioned constitutional principle provides not only to constitutional understanding of marriage as institution but represents guarantees of the state related to special protection and care of marriage as institution, though only if it is the union of a man and a woman. In this context the content of Article 18 of the Constitution does not constitute an obstacle to the transcription of a foreign marriage certificate, if in the foreign internal law, the institution of marriage as a union of same sex is envisaged. The above-mentioned provision does not prohibit the legislator to institutionalize by virtue of laws the status of same-sex or different-sex relationships of people, who for their own reasons do not want to enter into a marriage in its traditional meaning"⁶³.

29. It is worth noticing that the administrative courts have given new interpretation of the "facilitation"⁶⁴ of the free movement of family members who are not nationals of a member state, including partner with whom the EU citizen has a durable relationship, duly attested. In the judgments⁶⁵ it is stated that due to non-implementation of Article 3(2) of the Directive to the Polish legal system, this provision should be applied directly. The circumstances of each case should be analysed separately in light of the domestic legal provisions before decision about the entry to the EU member state. In 2013 the Border Guard Commander-in-Chief published guidelines, which were distributed among the Polish Border Guard. The guidelines emphasized the need to recognize the right of entry for all persons (irrespective of their sex) being in a partnership with Polish citizens provided that such persons are able to prove their partnership status by relevant documents.

⁶⁰ Ref. no. III III SA / Gd 835/15

⁶¹ Ref. no. II SA/GL 1157/15

⁶² Ref. no. III SA/Kr 1400/15

⁶³ Judgment of the Polish Regional Administrative Court in Warsaw, ref. no. IV SA/Wa 2618/18.

⁶⁴ Please refer to Article 3(2) of the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

⁶⁵ Judgments of the Polish Regional Administrative Court in Warsaw of 15 March 2013 (ref. no. IV SA/Wa 154/13) and of 22 May 2013 (ref. no. IV SA/Wa 2093/12).

II. Process of recognition

1. Recognition of court decisions

30. In Poland a court decision of a foreign court is understood broadly. The decision is issued by a public authority of another state and establishes a legal status. Polish authorities will recognize the status acquired abroad if it is confirmed by the valid document (e.g. birth certificate). Courts or authorities have to follow the relevant conflict of laws rule to determine the *lex causae* governing the establishment of the status. If the requirements of the *lex causae* are fulfilled, the Polish law accepts that status as valid. The courts and authorities will refuse to recognize if the recognition would be against public policy clause.

31. Article 1145 of CCP states that the decisions of foreign courts in civil matters shall be recognized by law, unless there are obstacles stated in Article 1146. Article 1145 of CCP refers to not only to court decisions, but also decisions of other authorities of the foreign states in civil matters (Article 1149 of CCP). It is worth mentioning that Article 1145 of CCP does not state that the foreign decision is also effective on the territory of Poland, though it is clear, but it does not apply to effects that are not provided in Polish law⁶⁶. In accordance with Article 1146 par. 1 a decision is not subject to recognition, if:

1. it is not legally binding in the country, where it was issued;
2. Polish courts have exclusive jurisdiction in the case, e.g. change of surname as a result of divorce proceedings, division of property located in Poland etc.;
3. a defendant, who did not get into the dispute as to the substance of the case, did not receive duly and in timely manner the letter initiating the litigation;
4. a party in course of litigation was deprived of an ability to defense;
5. a case for the same claim between the same parties is pending in the Republic of Poland earlier than before the court of a foreign state;
6. is inconsistent with a previously issued final judgment of a Polish court or a previously issued final judgment of the court of a foreign state;
7. recognition would be contrary to the basic principles of legal order.

32. Recognition can be thus refused when in accordance with the Polish law e.g. there is no competence of the foreign court (exclusive jurisdiction of the Polish courts), no correct service to one of the parties to allow her access to court or opposing Polish decision or pending proceeding or there is a public policy exception.

33. It is important to note that Constitutional Court stated that administrative recognition does not concern interpretation of legal provisions, assessment of facts or even interpretation of unclear or undetermined terms⁶⁷.

2. Procedure in the civil registry

34. There is no specific procedure on transcription. The foreign civil registry act is being registered in Polish civil registry. If the applicant is being refused to recognize his civil status or its element he has a possibility to appeal to the court. Acceptance through norms of private international law provides to application of foreign law determined by the conflict of law rules, including general norms of private international law, e.g. public policy exception and mandatory rules.

⁶⁶ A. BARAŃSKA, „Uznawanie zagranicznych rozstrzygnięć dotyczących zmiany imienia i nazwiska”, *Metryka* 2015, no. 1, p. 120.

⁶⁷ Judgment of the Polish Constitutional Court of 3 June 2003, ref. no. K 43/02, OTK-A 2003, item 49.

35. In accordance with the Polish law on change of name and surname, change of name means change to another name or change of spelling. The change of spelling might concern the following:

- adaption incorrect spelling to the Polish language rules of spelling, by replacing some letters with same or similar sound, e.g. Xawery – Ksawery, Bohdan – Bogdan;
- adaption to the rules of the Polish spelling of the first or surname with foreign spelling, e.g. by replacing letters that have a different wording in the Polish alphabet, e.g. “sz” instead of “sch”, “cz” instead of “tsch” or “tz”, “c” instead of “t”;
- replacing unknown to Polish alphabet characters with other entries or their phonetic sounds, e.g. “ü”, “ä” or “ö” with complex “ue”, “oe” or “ae” letters.

The persons entitled to change of name are:

- Polish citizens;
- Stateless persons, permanent residents of Poland;
- Foreigners, who obtained refugee status in Poland, but only for particularly important reasons related to the threat to the right to life, health, liberty or personal safety.

36. The name is subject to legal protection, and the principle of stability of names and surnames is also adopted, therefore the change of names is only allowed for a “justified reason”. The Article 4 of Law on Change of Name and Surname contains only an exemplary catalog of justifications for making such change, e.g.:

- a name ridiculing or violating human dignity;
- to a name used, it concerns persons, who use a different name or surname than is entered into civil status registry, e.g. pseudonyms and names or surnames used due to persecution;
- to a name, which has been unlawfully changed, e.g. names of persons belonging to ethnic minorities, which were written with adaption to the Polish spelling;
- to the name given in by state, which citizenship is also held in accordance with the law.

37. The law gives only examples on when the change is possible therefore consent or refusal depends on decision of Head of Civil Registry Office competent for place of permanent residence of applicant. If it is not possible to determine a place of residence, a place of last residence is taken into consideration. If it is also not possible to determine, the competent authority is – Head of Civil Registry Office of Warsaw or his deputy.

38. In case the data in the marriage certificate was inserted without Polish letters – together with the application of transcription it is possible to submit an application for the adaptation of spelling in accordance with the Polish spelling or request to correct the data as in the birth certificate. Transcription (registration) of a foreign marital certificate is compulsory if a Polish citizen applies for civil status registration or applies for a Polish identity document or a PESEL number. In this case, it is possible to submit a request to adapt the spelling in the act of transcription to the Polish spelling rules or to correct the data based on the marriage certificate or the birth certificate. However, while civil registry offices in Poland make corrections on this basis to the parents’ data in the birth certificate of their child (as persons who already have a marriage status record in Poland), they do not always correct the child’s data. This can lead to a situation in which the parents’ data will be saved in accordance with Polish spelling rules and the child’s data without Polish diacritical marks. Documents drawn up in a foreign language shall be submitted with an official translation into Polish made by:

1. a sworn translator entered on the list kept by the Minister of Justice;
2. a sworn translator authorized to make such translations in the Member States of the European Union or the European Economic Area (EEA);

3. Consul

39. In Poland there were cases considering change of name and recognition of same sex marriages. Courts examined change of name due to “justified reason”. In one of the cases the Supreme Administrative Court discussed decided that lack of identification with the father is not a justified reason to change the surname⁶⁸. In another case the issue of indirect recognition of same sex marriages through change of surname appeared, and the Regional Administrative Court in Gorzow Wielkopolski stated that the change of name is possible due to bad childhood experiences, but it cannot be a surname of a partner, as it would create a presumption that partner relationships are allowed in Poland, and it is contrary to Article 18 of the Constitution⁶⁹.

40. In Poland recognition is based on the documents provided by the applicant. These documents are confirming the status. In all of the cases the courts and other authorities considered recognitions of the status that was registered in official registry.

41. The case law does not explicitly deal with involvement of a public authority. The rules on registration of civil registry documents require presenting a document confirming status, issued by the competent authority.

In order to recognize it in Poland, the status has to be documented. A certified copy of the status registration has primarily the value of proof.

The document issued by a public authority of the foreign state must be presented. Foreign documents need to be legalized or comply with the requirements of the Hague Convention of 5 October 1961 abolishing the requirements of legalization for foreign public documents.

In Poland only official documents are accepted. All the documents should be translated into Polish language and the translation should be certified by the notary. The civil registers and courts are not required to know foreign languages.

3. Acceptance via conflict of laws

42. In case there is no decision establishing a legal status issued by foreign authorities, the conflicts of law norms are used to accept foreign status.

If no separate choice of law rules exists, the status might not be accepted. There is no acceptance of same sex marriages or partnerships, parentage or adoption.

Polish court (or other authority) has to follow relevant national international private law norm to determine law governing the status. If requirements of Polish law are fulfilled, the status is valid, unless consequences of acceptance of the status lead to violation of Polish policy, or initially there was violation of Polish mandatory rules. To confirm the rules provided by Polish PIL courts refer to EU case law and ECtHR case law.

In practice the cases are linked either to member states of the EU or states with whom there is a bilateral treaty.

43. Cases in which acceptance of status was at stake usually were related either to registration of names in official register or to entries in identity documents. State of origin of the documents is very different. In majority of cases, these are EU Member States, sometimes third countries. The documents and entries in registries are usually related to Polish citizens or their children.

⁶⁸ The Judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2016 (II OSK 293/16).

⁶⁹ The Judgment of the Polish Regional Administrative Court in Gorzow Wielkopolski of 04 February 2016 (II SA/Go 941/15).

The case law referred to in order to justify recognition is the following:

- The case-law of the CJEU: *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*⁷⁰, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*⁷¹, *Carlos Garcia Avello v. Belgian State*⁷², *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*⁷³, *Coman & Others*.
- The case-law of the ECtHR: *Znamenskaya v. Russia*⁷⁴, *Menesson v. France*⁷⁵, *Labasse v. France*⁷⁶, *S. Karner v. Austria*⁷⁷, *S.D. Burden v. Great Britain*⁷⁸, *Schalk and Kopf v. Austria, Oliaria & Others v. Italy*⁷⁹, *Gas and Dubois v. France*⁸⁰, *P. Kozak v. Poland*.

44. The case law referred to in order deny recognition is the following:

- Public Policy (E.g. Case Of The Ecthr: *Stjerna V. Finland*⁸¹), Especially, Prohibition Of Another Understanding Of Marriage And Family.
- *Fraus Legis* (Circumvention Of Law) For Polish Citizens Who Concluded Marriage Abroad Or Entered Into Surrogacy Arrangement.
- Abuse Of Law For Entering Information Into Civil Registries, And Thus Constituting The Status In Polish Legal System.

III. Conclusions

45. In Poland the status is accepted in the substance. In none of the cases the document itself raised any legal concerns. The documents are primarily the means of documentation/proof.

Please refer to the comments in the sections above. In case of other civil status, e.g. marriage, divorce or recognition of parentage the authorities are recognizing the status itself, but the consequences of possessing that status could depend on the applicable law, which would be determined according proper conflict-of-laws rules.

As a consequence of recognition in Poland, the civil status is registered with Civil Status Registry.

There is no case law in this specific matter. There might be an assumption that Polish authorities expect that local procedure is used, and Polish court will refuse to accept a name change abroad if this change was possible under Polish domestic law.

In Poland change of status in a foreign state does not have direct effect, it requires recognition.

In Poland certain values, e.g. marriage is a union of a man and a woman, are protected by Constitution and it seems unlikely that they change in near future. This is also greatly influenced by the Catholic Church.

⁷⁰ CJEU 22 November 2005, case C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:2005:709.

⁷¹ CJEU 10 May 2011, case C-147/08, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286.

⁷² CJEU 2 October 2003, case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. Belgian State*, ECLI:EU:C:2003:539.

⁷³ CJEU 14 October 2008, case C-353/06, *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

⁷⁴ ECtHR 2 June 2005, *Znamenskaya v. Russia*, no. 77785/01.

⁷⁵ ECtHR 26 June 2014, *Menesson v. France*, no. 65192/11.

⁷⁶ ECtHR 26 June 2014, *Labasse v. France*, no. 65941/11.

⁷⁷ ECtHR 24 July 2003, *S. Karner v. Austria*, no. 40016/98.

⁷⁸ ECtHR 29 April 2008, *S.D. Burden v. Great Britain*, no. 13378/05

⁷⁹ ECtHR 21 July 2015, *Schalk and Kopf v. Austria, Oliaria & Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11.

⁸⁰ ECtHR 31 August 2010, *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07

⁸¹ ECtHR 25 November 1994, *Stjerna v. Finland*, no. 18131/91.

RECENSIONES

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR (DIR), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2021, ISBN:978-84-1345-003-2

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular interina de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6755>

1. La transformación que se ha originado en la sociedad y en la economía desde la aparición de internet ha sido realmente apabullante. La red, entendida en un sentido amplio, ha cambiado nuestros hábitos de consumo, ya no alquilamos películas, las vemos en una plataforma digital, no vamos a la tienda física a comprarnos ropa, la adquirimos en un *ecommerce* e incluso ya la podemos probar *on line* sin miedo a no acertar en la talla gracias a los probadores virtuales que algunas firmas ya incorporan en sus *webs*.

Nuestra forma de relacionarnos con los demás ha sufrido un gran cambio también. No solemos hacer llamadas, nos comunicamos mediante redes sociales o por *email*. Del mismo modo, dicha transformación también se puede apreciar en sectores como el de la educación, los servicios médicos o el transporte. Por poner un ejemplo, nuestro médico ya podría monitorizar nuestras constantes vitales desde una *app* o las personas que sufren enfermedades crónicas como la diabetes pueden vivir más tranquilas y seguras gracias a la inteligencia artificial y al *big data* debido a aplicaciones como *socialdiabetes*, aplicaciones que permiten monitorizar el nivel de glucosa del paciente a tiempo real y volcar todos los datos a la nube a golpe de *click*. Pero, quizás, esta gran transformación sea sólo el principio, ya que lo que nos predicen que viene (el *metaverso*) parece dejar obsoleto todo lo conseguido. Por lo que consideramos que no hay mejor época para ser jurista. Los retos jurídicos a los que nos enfrentamos en la actualidad son muchos, variados y sobre todo apasionantes. En la obra "*Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*" se

pueden encontrar muchos de ellos analizados de forma exhaustiva y rigurosa. El mérito es de los autores que desarrollan las 20 contribuciones que conforman la obra y de su director, el profesor JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR. El cual con gran maestría ha conseguido una obra muy necesaria y oportuna no sólo para el estudioso del Derecho sino también para el que lo practica. Esta obra no es una ocurrencia, es fruto de la dedicación y del esfuerzo, de hecho nace de un proyecto de investigación financiado por la Generalitat Valenciana titulado "*La tutela de los Derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades*", cuyo investigador principal ha sido el prof. CASTELLÓ y que con dicha financiación se han celebrado tres congresos internacionales celebrados en 2019, 2020 y 2021 a pesar de la situación de pandemia que estamos viviendo.

2. Como señalábamos, la obra se compone de 20 contribuciones y se divide a su vez de forma muy coherente en cuatro bloques los cuales vamos a ir analizando.

En el *primer bloque* podemos encontrar 7 trabajos. Todos ellos persiguen el estudio de los retos que plantean las plataformas digitales en el mercado europeo en atención a las propuestas reglamentarias de la Comisión Europea con la conocida como Ley de Servicios Digitales o la Ley de Mercados Digitales. El primero de ellos realizado por el Director de la obra, el profesor JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR donde analiza brillantemente el régimen actual pero también el futuro de responsabilidad de las plataformas digitales. El segundo capítulo de forma precisa y con una exposición

muy clara es llevado a cabo por la profesora CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ donde se analizan los problemas jurídicos que plantean las transacciones en línea que afectan a los consumidores desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo de los contratos. En tercer lugar, muy conveniente, resulta el trabajo del profesor ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ donde se estudia la mediación como alternativa para solucionar los conflictos que surgen entre profesionales y plataformas digitales en atención al Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2020. En cuarto lugar encontramos el trabajo de la profesora ANA GASCÓN MARCÉN donde se trata de nuevo el tema de la responsabilidad de las plataformas pero desde la perspectiva de los códigos de buenas prácticas con el fin de evitar discursos de odio y desinformación en internet. Un problema que preocupa y mucho en la actualidad a los gobiernos por el impacto que tiene en la convivencia y paz social. La profesora GASCÓN dedica parte del estudio a analizar de forma muy pertinente las iniciativas legislativas de otros países europeos como Alemania, Austria y Francia (pp. 148-152).

El quinto capítulo es realmente interesante porque refleja uno de los problemas que más preocupa a la legislador europeo: la transparencia. La profesora ROSA LAPIEDRA ALCAMÍ es la autora de este capítulo y con gran acierto sabe no sólo señalar sino también resolver los problemas jurídicos más acuciantes a los que se enfrentan las empresas que quieren posicionarse en internet como vendedores de productos y/o servicios y poder obtener una ventaja competitiva de ello. La profesora ALCAMÍ analiza la importancia que tiene el posicionamiento de las empresas en la red y el poder que ejercen las plataformas al respecto, qué impacto presenta en el comercio electrónico y la respuesta del legislador europeo a esta cuestión con el Reglamento 2019/1150.

El sexto capítulo se centra en la tutela colectiva que brinda el citado Reglamento 2019/1150 en su art. 14 y de él se ocupa la profesora PATRICIA LLOPIS NADAL.

En último lugar en este bloque y no menos oportuno es el trabajo de la profesora ISABEL REIG FABADO donde se analizan algunos de los retos que plantean las propuestas normativas de la Comisión Europea analizadas anteriormente pero desde la perspectiva del Derecho de la competencia europeo.

3. En el *segundo bloque*, 5 trabajos son los que lo componen. En primer lugar, abriendo el bloque

se encuentra el acertado e interesante estudio de la profesora ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, en él se aborda un tema muy actual y que origina un importante quebradero de cabeza a muchas empresas en la actualidad y no es otro que determinar los tribunales competentes cuando se vulneran derechos de propiedad intelectual en internet. En línea con el trabajo anterior, podemos encontrar el tercer capítulo del bloque realizado por la profesora PILAR JIMÉNEZ BLANCO, en él se analizan de forma precisa y clara las acciones de cesación transfronteriza resolviendo los problemas jurídicos de estas acciones tanto desde la perspectiva de la competencia judicial internacional como del Derecho aplicable.

En relación a la reciente directiva 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 podemos encontrar el trabajo del profesor JOSÉ MIGUEL CORBERÁ MARTÍNEZ donde aborda un sugerente estudio sobre el contrato de edición y remuneración en atención a dicha Directiva. Por otro lado, respecto de la Directiva 2019/789 la obra recoge el oportuno análisis del profesor MIGUEL ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ, el cual realiza un trabajo interesante sobre el derecho de comunicación pública en el derecho de autor internacional.

Por último, destacar el trabajo del profesor GUILLERMO PALAO MORENO, donde se estudian los diferentes problemas jurídicos que plantea el principio de territorialidad en materia de derechos de propiedad intelectual y como las iniciativas legislativas europeas en la materia están dando paso a un cambio de tendencia aunque sea tímidamente -como señala el propio autor, p. 404- respecto del consagrado principio de la *lex loci protectionis* al “principio del país de origen”.

4. En el *tercer bloque* podemos encontrar 4 trabajos, todos ellos de gran calidad y desarrollando cuestiones jurídicas complejas a las que se enfrenta el jurista que asesore en un entorno digital. En el primer y tercer capítulo del bloque podemos encontrar como eje vertebrador de los trabajos a los consumidores. El primero de ellos llevado a cabo con gran maestría por el profesor DAVID CARRIZO AGUADO, el cual es un gran conocedor de los problemas jurídicos que atañen al consumidor en el Derecho internacional privado europeo, aborda la normativa aplicable en la tutela individual pero también la colectiva a la que pueden acudir los consumidores transfronterizos para proteger sus derechos. El segundo capítulo del bloque en relación a los problemas jurídicos que afectan a

los consumidores en un entorno digital es desarrollado por el profesor JUAN IGNACIO PAREDES PÉREZ. Este trabajo es realmente oportuno y aunque el consumidor cada vez es más consciente de que el coste de acceso a determinadas plataformas como pueden ser redes sociales no es gratuito, se paga con datos personales, es un análisis interesante donde se estudia la interacción entre las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis con el Reglamento europeo 2016/679 sobre protección de datos donde también se pone en relación la protección del consumidor en el ámbito de los intereses colectivos, estudiando cuestiones de competencia judicial internacional también la Directiva 2020/1828.

El segundo y cuarto capítulo del bloque se centran en tecnología en estado puro. Por un lado, la profesora PILAR DIAGO DIAGO desarrolla un capítulo muy sugestivo donde se analiza el ciberactivismo y el blockchain desde la perspectiva del conflicto de leyes. Por el otro, RAÚL RUIZ RODRÍGUEZ analiza las implicaciones de los *smart contracts* para el Derecho internacional privado, planteando cuestiones tan interesantes (p. 517) como qué sucedería en esos supuestos dónde los contratantes son dos máquinas y se pudiera derivar responsabilidad de esas transacciones denominadas “M2M”. El profesor RODRÍGUEZ apunta con acierto que se podría tener en consideración una solución similar a la que existe en la materia de responsabilidad por producto defectuoso.

5. El *cuarto bloque* cierra la obra con cuatro trabajos que ponen el broche de oro, en ellos se abordan cuestiones que afectan de lleno en la protección del usuario digital. Así, en el primer capítulo se aborda un tema importante que preocupa en la actualidad y es el de las *fake news*. El profesor JOSÉ LEÓN ALAPONT analiza el problema de los bulos, noticias falsas, rumores, los cuales llevan a la desinformación más absoluta del usuario desde el Derecho penal. El segundo capítulo aborda las cuestiones relativas al consentimiento desde una perspectiva que no podía faltar en una obra como esta y es desde la protección del menor. La profesora ISABEL MARAVALL BUCKWALTER estudia como la digitalización ha traído también nuevas formas de violencia sexual hacia los niños, poniendo de manifiesto con acierto la respuesta del Derecho inter-

nacional a prácticas como la captación de el acoso sexual en redes (pp. 569-571), el acoso sexual en redes (pp. 574-575) o la emisión en directo de abuso o explotación sexual infantil (pp.575-577). El tercer capítulo, realizado por el profesor ANTONIO MERCHÁN MURILLO, trata de forma extraordinaria una cuestión que todos hemos podido plantearnos y es qué sucede con nuestra propiedad digital (cuentas en redes sociales, en *ecommerces*, emails, incluso *bitcoins*) cuando fallezcamos. Aunque en un primer momento se puede pensar que esa información sobre nosotros son meros datos y puede no ser valiosa o incluso no denominarse propiedad, el autor considera que nada más lejos de la realidad, que sí pueden tener valor (p. 597), haciendo una reflexión muy interesante sobre la diferencia de concepto entre información y datos (p. 605) y pudiendo ser estos últimos -los datos- un activo patrimonial más dentro de una sucesión *mortis causa*. En último lugar, la obra se cierra con un capítulo no menos oportuno, en él se aborda un tema actual y complejo, el Derecho al olvido digital. El capítulo elaborado por la profesora MARINA SANCHO LÓPEZ estudia aspectos como el impacto que el *big data* presenta en el consumidor (p.614), poniendo en relieve el origen de este derecho fundamental como es el Derecho al olvido y cómo impacta el mismo en la privacidad. En el estudio, la autora llega a conclusiones muy sugerentes sobre el verdadero objetivo del legislador europeo en relación a este derecho señalando que el fin último del mismo dista mucho de ser la protección del ciudadano (p. 634).

6. En definitiva, esta obra que recensionamos es una obra completa, rigurosa y muy actual. La misma es realmente necesaria y la recomendamos a todo jurista, con independencia de si se está iniciando en los retos jurídicos actuales que plantea el perseguido mercado digital europeo como también a aquel que ya tenga experiencia en el tema. Esto es así debido a la gran variedad de temas que se abordan en la obra, todos ellos expuestos con gran congruencia y detalle. Así, podemos afirmar que esta obra es un *must* para todo aquel que quiera conocer los retos no sólo presentes sino también futuros a los que nos enfrentamos los juristas en la era digital en la que nos encontramos inmersos.

FRANCISCO PASCUAL-VIVES. *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 312 pp.
ISBN: 978-84-1309-727-5

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.2022.6756>

1. El Derecho internacional de las inversiones constituye un sector normativo del ordenamiento internacional que viene experimentando una expansión muy notable en los últimos decenios. Como también sucede con otros sectores normativos altamente especializados, este proceso de expansión conlleva una interacción inevitable entre el particularismo y diversas normas internacionales de carácter general.

A resultas de los rasgos tan especiales que presenta el Derecho internacional de las inversiones, esta interacción se muestra compleja por varias razones. Las obligaciones internacionales que suscriben los Estados todavía mantienen en la mayoría de ocasiones un carácter bilateral y asimétrico. El mecanismo de arreglo de las controversias previsto para interpretarlas posee una naturaleza *ad hoc* y los mecanismos de control de las resoluciones arbitrales, especialmente aquellas dictadas fuera del ámbito institucional del CIADI, también están descentralizados. Por si lo anterior no fuera suficiente, tampoco puede obviarse que los sectores económicos sobre los que este sector normativo se proyecta pueden ser muy variados (construcción de infraestructuras, exploración y explotación de diversas fuentes de energía, concesiones, operaciones de restructuración bancaria o de la deuda soberana...), lo que sin duda puede influir a la hora de determinar las modalidades de reparación del hecho internacionalmente ilícito. La práctica española en la materia tanto en calidad de Estado demandado en el arbitraje de inversiones, como en lo que atañe a los arbitrajes presentados por las empresas transnacionales españolas sirve como botón de muestra para ilustrar esta diversidad y heterogeneidad.

2. La monografía preparada por el profesor FRANCISCO PASCUAL-VIVES estudia una temática muy técnica del Derecho internacional de las inversiones (la legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión). A partir de este análisis específico, que combina matices sustantivos y procesales de particular interés para el ejercicio de la práctica forense, el autor reflexiona acerca de tres cuestiones de gran interés académico.

3. En primer lugar, la monografía examina cómo se gesta y desarrolla la interacción entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional público. El autor, en suma, hace suya esa dialéctica entre particularismo y Derecho internacional general a la que ya nos hemos referido para ir construyendo su discurso, demostrando a lo largo de los cuatro capítulos de los que consta la monografía que el recurso a las instituciones y categorías propias del Derecho internacional general, como herramienta para resolver determinadas cuestiones relacionadas con la legitimación activa de los particulares en el arbitraje de inversiones, constituye un instrumento que refuerza la coherencia en este sector normativo. Este enfoque, en efecto, evita que desde el Derecho internacional de las inversiones se produzcan inercias particularistas de carácter desviacionista o fragmentador.

En los capítulos primero y segundo de la monografía se presentan algunos ejemplos de esta interacción. Así, el Derecho internacional general contribuye a aportar coherencia en la interpretación de las condiciones necesarias para la determinación de la nacionalidad de las personas físicas

(concepto de inversor extranjero) y, a través de las nociones de conducta incorrecta y debida diligencia, ofrece instrumentos jurídicos basados en el Derecho internacional consuetudinario relativo a la responsabilidad internacional del Estado que permiten interponer excepciones a la jurisdicción de los órganos arbitrales (concepto de inversión extranjera). Es importante advertir, a tenor de las reflexiones formuladas por el profesor PASCUAL-VIVES, que esta interacción no presenta un carácter unidireccional (influencia del Derecho internacional público en el Derecho internacional de las inversiones). Puede existir, aunque con menor intensidad, una interacción inversa que parte desde el Derecho internacional de las inversiones y se proyecta hacia otros sectores normativos del ordenamiento internacional. No parece una simple casualidad, en efecto, que comience a invocarse con asiduidad la doctrina del abuso de derecho por las partes contendientes en la litigación ante la Corte Internacional de Justicia (aunque la Corte todavía la observa con mucha cautela), precisamente después de que esta doctrina haya sido aceptada en la práctica arbitral desarrollada en el marco del Derecho internacional de las inversiones.

4. En segundo lugar, otro aspecto nuclear de la monografía es su examen de la relación existente entre la práctica arbitral y los sucesivos procesos de codificación en los tratados internacionales sobre protección de las inversiones. Este análisis revela la insuficiente (y, en ocasiones, deficiente) redacción con la que se concibieron estos tratados internacionales, al menos en una primera etapa. Como consecuencia de lo anterior, la práctica arbitral ha debido hacer un ejercicio laborioso de interpretación y sistematización de los conceptos jurídicos indeterminados previstos por aquellos tratados. Un ejercicio que, dejado en manos de tribunales *ad hoc*, explica buena parte de la heterogeneidad imperante en el Derecho internacional de las inversiones.

La monografía indaga sobre cómo los Estados (y desde hace unos años también la Unión Europea) están tratando de corregir esta heterogeneidad mediante la celebración de nuevos tratados internacionales que se sirven de los precedentes más significativos de la práctica arbitral para precisar y dotar de una mayor uniformidad, entre otras, a la noción de inversión extranjera y a la cláusula de sometimiento al arbitraje que convienen los Estados al celebrar un tratado sobre protección de

las inversiones. Respecto a la noción de inversión extranjera, destaca el estudio de los casos relacionados con la deuda soberana argentina. Como el autor señala (capítulo segundo), la aceptación de los bonos soberanos como “inversión extranjera” abre una nueva vía de litigación internacional que, ante el silencio de la práctica convencional, solo puede cerrarse incluyendo disposiciones en los futuros tratados sobre protección de las inversiones que prevean que las reestructuraciones no discriminatorias derivadas de la deuda soberana quedan excluidas del concepto de inversión extranjera. Por lo que respecta al consentimiento al arbitraje, resulta muy ilustrativa la exposición del impacto que la denominada “doctrina Maffezini” ha tenido no solo en la práctica arbitral, sino en la posterior práctica convencional (capítulo tercero). En ambos casos, además, quedan patentes lo que el autor denomina “tensiones entre las tendencias privatistas y publicistas” que convergen en el Derecho internacional de las inversiones.

5. En tercer lugar, el profesor PASCUAL-VIVES analiza las consecuencias que la práctica convencional tan heterogénea existente en el Derecho internacional de las inversiones produce en la litigación paralela y las diversas manifestaciones a través de las que este fenómeno se hace presente. La litigación paralela se manifiesta bien entre diversos tribunales internacionales, bien entre los tribunales internos e internacionales. Se trata de un fenómeno comprensible, en tanto que resulta del elevado grado de descentralización existente en el Derecho internacional de las inversiones. Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que puede generar riesgos desviacionistas (lo que el autor denomina como “desbordamientos”) y, en el peor de los escenarios, interpretaciones contradictorias de las mismas obligaciones sustantivas y procesales.

La práctica convencional ha previsto varios mecanismos para limitar los efectos nocivos que puede generar la litigación paralela, pese a que el autor concluye que los mismos “solo resuelven parcialmente los desafíos que plantea” este fenómeno (capítulo cuarto). A partir del análisis de la práctica internacional el profesor PASCUAL-VIVES sugiere que la noción de deferencia entre las distintas jurisdicciones internacionales, entendida a la vez como diálogo judicial (en sentido positivo) y continencia (en sentido negativo), podría ser una herramienta de utilidad si se combinara adecuadamente con algunos principios generales

del Derecho internacional procesal (como el principio de *res judicata* o el de prohibición del abuso del Derecho). De nuevo el Derecho internacional general, esta vez en su vertiente procesal, emerge como un instrumento al servicio de la coherencia en el Derecho internacional de las inversiones.

6. La monografía, en definitiva, se sirve del estudio de un aspecto muy especializado del Derecho internacional de las inversiones y de gran interés para quienes ejercen la práctica forense, para reflexionar en términos más amplios sobre las relaciones entre este sector normativo y el Derecho internacional general. Su autor no se conforma con realizar un estudio “intrasistémico” (por utilizar su propia terminología) de los problemas en presencia, sino que formula su discurso también desde el marco general que ofrece el ordenamien-

to internacional (estudio “intersistémico”), una metodología más completa y ambiciosa que enriquece el contenido de las conclusiones finales.

7. Sólo queda recomendar vivamente la lectura de esta monografía a académicos y abogados especialistas en la materia. Porque esta obra ofrece la particularidad de aunar felizmente, con muy buen criterio, la reflexión dogmática y la utilidad práctica en el análisis de la legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión. El profesor PASCUAL-VIVES se ha convertido, a la vista de su trayectoria investigadora y por derecho propio, en un reputado especialista en el campo del Derecho internacional de las inversiones, muy necesitado del rigor jurídico de una aproximación fundada en las herramientas que ofrece el Derecho internacional general.

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA. *De la alargada sombra del 'ius cogens'*. Granada, Comares, Colección Derecho Transnacional, nº 18, 2021, XIV-198 pp. ISBN: 978-84-1369-220-3

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.2022.6757>

1. Cuando, tras leer esta obra, la Editorial Comares nos preguntó a los Directores de su colección “Derecho Transnacional” si era apropiado publicarla en ella, nuestra respuesta fue positiva. Había varias razones para hacerlo.

En primer lugar, las monografías sobre el *ius cogens internacional* obligan a reflexionar tanto al autor como a los lectores sobre un tema extraordinariamente difícil e importante. No es extraño, pues, que se sigan publicando libros y ensayos sobre un tópico jurídico que parece inagotable (*vid.*, *ad ex.*, B. HESS, “Staatenimmunität und ius cogens im geltenden Völkerrecht: der Internationale Gerichtshof zeigt die Grenzen auf”, *IPRax*, 32, 3, 2012, pp. 201-206; L.A. LÓPEZ ZAMORA, “El unificador fragmentado: la fenomenología de las normas de ius cogens en un contexto de cambio”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 30, 2014, pp. 203-250; R. PISILLO MAZZESCHI, “Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull’immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2, 2012, pp. 310-326; Á.J. RODRIGO, “Los criterios de identificación de las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*)”, en J. Díez-Hochleitner et al. (Eds.), *Principios y justicia en el Derecho internacional: libro homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotons*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 123-131; N. SCHWARZ, *Ius Cogens als Basis für ein stabiles Völkerrecht: wie zwingendes Recht zum Schutz der moralischen Werte der internationalen Gemeinschaft beiträgt*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2013; M.P.

SOMMERFELD, *Staatensouveränität und ius cogens: eine Untersuchung zu Ursprung und Zukunftsfähigkeit der beiden Konzepte im Völkerrecht*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2019; P. STARSKI, “A call for a turn to the meta-level of international law: silence, the ‘interregnum’, and the conundrum of ius cogens”, *ZaöRV*, 77, 1, 2017, pp. 87-90).

En segundo lugar era un autor que había publicado varias veces con nosotros y nunca nos había defraudado ni científica ni comercialmente. Es más, a su probada pericia se unía el hecho de que venía estudiando el *ius cogens internacional* desde hacía años. En efecto, había analizado el concepto de Derecho internacional imperativo, investigando los modos de identificar la naturaleza imperativa o no una norma y, ante todo, reflexionando sobre las consecuencias jurídicas que normas de esa naturaleza ejercen sobre las fuentes del Derecho internacional en general y, en particular, sobre el Derecho internacional de la responsabilidad (C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre las normas imperativas del Derecho internacional”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 273-290). Este ensayo partía de la adopción por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en agosto de 2001, de su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (UN Doc. A/56/10). Con posterioridad, en junio de 2019, la Comisión adoptó en primera lectura un proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general. La ocasión para retomar la línea de investigación era, por tanto, muy oportuna.

2. Como el profesor C. GUTIÉRREZ ESPADA pone de relieve, el *Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional (ius cogens)* constituye una importante aportación al Derecho internacional por razones o motivos diversos.

- 1^a) De una parte, y en su consideración más elemental, el Proyecto confirma la plena vigencia del Derecho internacional imperativo. Dicho de otro modo, viene a avallar las tesis de quienes, como el profesor RODRIGO HERNÁNDEZ, consideran que “las razones para la esperanza son hoy más sólidas para defender la existencia de un conjunto de normas que integrarían lo que [se] denomina Derecho internacional universal imperativo”.
- 2^a) De otra, en el Proyecto de conclusiones se deja constancia, sin equívoco posible, de lo que antes no era sino la opinión de un número indefinido y descentralizado de autores, la aplicación de las normas imperativas (con las mismas consecuencias que en el caso de los tratados) a las demás fuentes del Derecho internacional: la costumbre, los actos unilaterales y las resoluciones obligatorias de las Organizaciones internacionales. Es de advertir, con todo, como en esta obra critica su autor, que el Proyecto adoptado en primera lectura ha dejado sin respuesta plena la situación de los principios generales del derecho. Admitido, sí, que estos pueden servir de base de normas de *ius cogens* (conclusión 5), la Comisión ha preferido *to wait and see* en qué queda su trabajo sobre esta fuente en concreto, trabajo apenas iniciado en 2019 de la mano de su Relator, el Sr. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, para pronunciarse definitivamente.
- 3^a) Más aún, y en decisión de mayor alcance si cabe, el Proyecto de conclusiones ratifica la opinión de unos pocos académicos de que las normas de *ius cogens* desarrollan sus efectos, asimismo, en el ámbito del Derecho internacional de la responsabilidad. La asunción por la CDI (en 2019, nuevamente) de que esto es así, defiende con vigor el autor del libro (no en vano ha demostrado en trabajos anteriores ser un buen conocedor del tema), aporta luz y

seguridad jurídica al Derecho internacional de nuestros días. Como las reglas que regulan los efectos del *ius cogens* sobre las causas de exclusión de la ilicitud (pp. 148 ss.) o las que se aplican en los supuestos de violaciones de normas imperativas (pp. 150 ss.). Reforzando así, de paso, los artículos correspondientes del proyecto que la Comisión adoptara en 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

De particular relevancia es la conclusión 17 que, consolidando el artículo 48 del mencionado Proyecto de 2001 de la CDI, permite a Estados que no han sido directamente perjudicados por la violación de normas imperativas invocar la responsabilidad internacional del autor de la misma.

Pero por si todo lo ya apuntado no fuera suficientemente significativo, el profesor GUTIÉRREZ ESPADA resalta el dato de que el Proyecto de conclusiones ha precisado que toda consecuencia jurídica de las normas de *ius cogens* sobre el Derecho internacional de la responsabilidad no agota sus efectos en el caso de los Estados; también en el de la responsabilidad de las Organizaciones internacionales las normas imperativas se proyectan sobre los hechos por ellas cometidos. Y la Comisión lo hace constar así en los comentarios. De este modo, el Proyecto de conclusiones adoptado en 2019 refuerza el valor de las normas que la CDI proclamó en su Proyecto de artículos de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Las refuerza y algo más, al clarificar lo que hasta hoy no era seguro: que el *ius cogens* también proyecta sus consecuencias sobre los comportamientos de esos sujetos secundarios y funcionales que son las Organizaciones internacionales. Se comprende así por qué, el profesor GUTIERREZ ESPADA se muestra en su libro, aunque sea entre líneas y cautamente, en el seno de un debate no poco agitado (*vid.* Capítulo 2, párr. 20, párr. 24-H y párr. 30-D), más favorable que menos a que incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad se mencionen *eo nomine*, cuando el Proyecto regula la incidencia del *ius cogens* en la resoluciones de las organizaciones internacionales (conclusión 16, pp. 132-133); para dejar así meridianamente claro que incluso el Consejo de seguridad, a la hora de adoptar sus resoluciones y en particular sus decisiones *ex* artículo 25 de la Carta, está sometido a las normas imperativas del Derecho internacional.

Deseo, el suyo, que el autor del libro no ha visto, por lo demás, colmado; porque la mención de las resoluciones del Consejo de Seguridad se lleva a cabo en el comentario y no en el texto de la conclusión pertinente (p. 133).

- 4^a) En definitiva, CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA se declara plenamente de acuerdo con el profesor ÁNGEL RODRIGO HERNÁNDEZ, cuando escribía, en una fecha anterior a aquella en la que la Comisión adoptó en primera lectura su Proyecto de conclusiones, que éste contribuye a reducir el escepticismo en las normas de *ius cogens* y permite visualizar algunos de los efectos sistémicos que generan en aspectos fundamentales como la unidad material del ordenamiento jurídico internacional o la universalidad de la norma.

Tengo la impresión de que va a ser complicado resistirse a dar la razón a CESÁREO GUTIERREZ ESPADA, cuando sugiere en este libro que la sombra del *ius cogens*, como la del ciprés, es alargada.

3. El autor del libro considera que el Proyecto de conclusiones hubiera debido dar *un paso adelante* en el *desarrollo progresivo* en dos ámbitos:

De una parte, la de haber reconocido un concepto genuino de *actio popularis* en los supuestos de invocación de la responsabilidad del autor de una violación de normas imperativas por cualquier Estado del mundo y que, para ser consecuentes, dicha legitimación generara necesariamente la jurisdicción del tribunal de que se trate.

De otra, la posibilidad de *contramedidas de terceros*, con todos los requisitos exigibles, para forzar a quien no quiere cumplir su deber con el Estado lesionado o las víctimas de la obligación violada también hubiera sido una muestra de coraje.

4. Uno no puede dejar de preguntarse qué futuro le espera finalmente a la regulación definitiva del *ius cogens* internacional. Quizá, tras leer esta brillante monografía, un lector pueda concluir que: “*El futuro desconocido rueda hacia nosotros. Por primera vez lo afronto con un sentimiento de esperanza...*” (*Terminator 2. Judgement Day*, 1984).

En realidad, sin embargo, a la postre, puede que

no pase de ser un *wishful thinking*, dado que la experiencia demuestra que no es fácil poner en práctica el concepto del *ius cogens*. De ahí que algunos se refieran incluso a las normas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados que abordan las consecuencias del Derecho tradicional imperativo sobre la fuente más importante del Derecho internacional como “normas muertas” (ver capítulo 4, párrafo 5). Es cierto además que, como comenta CESAREO GUTIÉRREZ ESPADA, sigue presente en la doctrina, una división entre los “idealistas” y los “positivistas” en torno a la identificación del *ius cogens* y sus consecuencias jurídicas. Los “idealistas” entienden que la naturaleza del *ius cogens* incide significativamente en las normas secundarias e institucionales que regulan su aplicación. Los “positivistas” creen que normas primarias y secundarias pueden vivir por separado su propia vida y no tienen por qué interpenetrarse. Así, para un “idealista” todo Estado tiene el deber jurídico de ejercer su jurisdicción sobre los crímenes, cometidos en su territorio o por sus nacionales, que impliquen la violación de normas imperativas; mientras que los “positivistas”, por ejemplo, acuden a la sentencia del TIJ en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales del Estado* (2012), en la que la Corte dejó muy claro que las normas de *ius cogens* no pueden como tales penetrar en otro tipo de normas (las de la inmunidad de jurisdicción del Estado en el caso), que tienen una naturaleza diferente (sentencia de 3 de febrero de 2012, *ICJ Reports 2012*, pp. 99 ss., p. 140, párrafos 92-93).

El Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general quiere ir -y va- más allá, entiende CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, de la línea que marca el Convenio de Viena de 1969 y se esfuerza para hacer que se note en las normas secundarias institucionales. Pero no se atreve a “romper la ortodoxia”, llegado el momento. De algún modo, afirma el autor de este libro, el Proyecto de conclusiones quiere (ser “idealista”) pero no puede conseguirlo.

No seré yo quien se atreva a recomendar a ninguno de los lectores en qué filas –“idealistas” o “positivistas”- debiera militar. No se corresponde ni con mi formación cultural ni con mi carácter. Lo más que puedo hacer, parafraseando a los clásicos, es animarles a encontrar su camino: *buscad leyendo y hallaréis meditando*.

ALBERTO MAZZONI / MARIA CHIARA MALAGUTI. *Derecho del comercio internacional: Fundamentos y perspectivas*. Torino, G. Giappichelli Editore, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 310 pp. ISBN: 978-84-1355-217-0

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.2022.6759>

1. Con Prólogo de ÁNGEL ROJO y una excelente traducción de GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ, se ha publicado en España esta obra de dos juristas italianos con los que me une el afecto y la admiración: el profesor ALBERTO MAZZONI, Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Università Cattolica del Sacro Cuore, sede de Milán, y la profesora MARIA CHIARA MALAGUTI, Catedrática de Derecho Internacional de la Università Cattolica del Sacro Cuore, sede de Roma. Tengo la satisfacción personal de haber servido en UNIDROIT, como miembro del Consejo de Gobierno de esta Organización internacional elegido para el período de 2019 a 2023, primero bajo la dirección del profesor MAZZONI, que la presidió hasta su fallecimiento el 6 de mayo de 2019, y luego bajo la dirección de la profesora MALAGUTI, que le sustituyó y preside actualmente UNIDROIT.

2. Conozco por experiencia propia lo fecunda que puede resultar la investigación de especialistas de diversas disciplinas jurídicas, cuando compaginan esfuerzos. Es el caso de esta obra, en la que hay atisbos de Derecho mercantil, Derecho internacional económico y Derecho internacional privado. Lo explica MARIA CHIARA: “Teníamos la ambición [...] no de yuxtaponer ‘dos (o más) disciplinas’, sino de contemplar íntegramente una misma realidad desde diferentes puntos de vista” (p. 13). Junto a este dato, que no debe ignorarse, hay que tomar en consideración otro: los autores de esta obra no desprecian los planteamientos apriorísticos y sistemáticos que intentan extrapolar las instituciones jurídicas internas a las si-

tuaciones privadas internacionales, pero prefieren estudiar el *law in action*, más que el *law in the books*. Dicho con otros términos, los profesores MAZZONI y MALAGUTI, puestos a elegir, se decantan por una aproximación a la materia desde una perspectiva prevalentemente económica e histórico-comparativa, que se centra en la aplicación del Derecho y que observa *tres criterios esenciales* para su comprensión: el realismo, el eclecticismo y los análisis basados en *issues* concretos (p. 19).

3. Un *planteamiento metodológico* como el anterior requiere de *valentía intelectual*. Por un lado, hay que pagar un *precio muy alto*: Escribir un libro que enseñe a pensar, que obligue a hacerlo, que muestre no sólo el *status questionis*, sino también las contradicciones del sistema jurídico o qué cuestiones deben aún permanecer abiertas exige mucho más trabajo que esos libros simplistas o simplones que aspiran a reflejar la realidad que pretenden enseñar con unos pocos miles de palabras, como si el mundo fuera una llanura infinita y en la naturaleza no existieran las colinas, las grandes montañas, las cordilleras, los senderos interminables, los bosques recónditos, los arroyos, los grandes ríos, las islas de ensueño o los mares y las profundidades oceánicas. Son libros en los que no se pinta la realidad que el lector quiere conocer, sino que se caricaturiza. Han proliferado en las Universidades estos últimos años, causando grave daño a la formación de nuestros estudiantes. Otra consecuencia desagradable que debe afrontar quien -como los autores del libro que comento- prefiere el *camino del deber* -como intelectual

y profesor universitario- antes que el *camino de la facilidad* -como vendedor de “libros alimenticios”- es el de la pérdida de potenciales lectores. Creo que lo intuye el profesor ÁNGEL ROJO, cuando señala que: “Tan sólo queda una duda. La de quiénes son los destinatarios de la obra. A primera vista podría pensarse en los estudiantes de la disciplina a la que da título el volumen. No es de excluir. Pero sólo los estudiosos serán capaces de descubrir el valor de esta obra compartida” (p. 18).

4. Siguiendo una técnica clásica, la obra emplea un título (*Derecho del comercio internacional*) para indicar cuál es el *objeto material* de este libro. Se trata, por tanto, de un estudio sobre el Derecho mercantil internacional. Cabría caracterizar a éste como el “conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas o, si se prefiere una definición más explícita, como un Derecho -fundamentalmente privado- especial por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa” (L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 65). Pero también emplea un subtítulo (*Fundamentos y perspectivas*) para revelar cuál es el *objeto formal* de la obra; es decir, desde qué perspectiva se estudia la materia que se considera. Esto significa, dicho con otras palabras, que a los profesores MAZZONI y MALAGUTI les interesa responder a *tres cuestiones fundamentales*: cuál es el *origen* del Derecho mercantil internacional, cómo ha evolucionado hasta ser *lo que hoy es y cómo será* en el futuro.

5. De la *primera cuestión* se ocupan los capítulos I (“Del Derecho de los comerciantes al Derecho mercantil estatal”), II (“El Derecho de los intercambios comerciales en los ordenamientos nacionales: el triunfo del liberalismo y la adopción generalizada del *Gold Standard*”), III (“El fin del *Gold Standard* y la conversión al proteccionismo económico y monetario”), IV (“El Derecho del orden económico internacional de Bretton Woods a la institución de la Organización Mundial del Comercio (1994)”) y V (“El Derecho del orden económico internacional de la institución de la Organización Mundial del Comercio (1994) a la crisis de 2008”). Los amantes de la Historia jurídica disfrutarán especialmente con los dos primeros capítulos. Verán desfilar a personajes que son leyenda (los

Estatutarios, COLBERT, Lord MANSFIELD, FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, SIR JOHN MAYNARD KEYNES...) (*Vid., ad ex.*, sobre los dos juristas citados, por un lado, E. HEWARD, *Lord Mansfield*, Chichester, Rose, 1979; N.S. POSER, *Lord Mansfield: justice in the age of reason*, Montreal, McGill-Queen’s Univ. Press, 2013; por otro, J.I. PAREDES PÉREZ, *La perspectiva del reconocimiento en el paradigma multilateral de F.K. von Savigny*, Granada, Comares, 2016; J. RÜCKERT, “Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)”, en M. SCHMOECKEL/J. WITTE JR. (EDS.), *Great Christian jurists in German history*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, pp. 238-251). Los amantes de la Historia económica mundial disfrutarán especialmente con los Capítulos III, IV y V. Los profesores MAZZONI y MALAGUTI pintan con maestría y trazo grueso la diferencia de perspectiva de las reglas mercantiles frente a las civiles en cuestiones tales como las adquisiciones a *non domino*, las cesiones de créditos y la posibilidad de explotación mediante el cobro de intereses del crédito proporcionado al deudor (pp. 26-27). Lo mismo sucede con los *principios de territorialidad y de personalidad* (pp. 27-29) o la *lex mercatoria* (pp. 29-32). Mientras que el método propio de los Estatutarios es un *método unilateral y delimitador*, que parte de la norma en busca de la relación jurídica para fijar cuál es el ámbito de aplicación de la ley del foro en el espacio, VON SAVIGNY formula un método bilateral de atribución o localización, que parte de la relación jurídica para ubicarla en un ordenamiento estatal que debe regularla, ordenamiento que puede ser el del foro o un Derecho extranjero (pp. 44-48). SAVIGNY, por tanto, imprime un “giro copernicano” (*Kopernicanische Wende*) al método normativo más característico del Derecho internacional privado (P.H. NEUHAUS, “Die Zukunft des internationalen Privatrechts: zum 100. Todestag von Friedrich Carl von Savigny”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 160, 6, 1961/62, pp. 494-505). La técnica propia de la regla de conflicto sobrevivirá hasta nuestros días, después de experimentar una acusada evolución (*vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 1335-1374). A medida que el lector se adentra en estos capítulos, se convierte en espectador: asiste a la filogénesis de nociones claves para entender esta realidad jurídica, tales como la *general partnership* y la *limited partnership* (p. 30), los tratados de amistad, navegación y comercio (Trata-

dos FNC [*Friendship, Navigation and Commerce Treaties*] (p. 31), la cláusula de la nación más favorecida (cláusula MFN [*Most Favoured Nation Clause*]) (p. 31), la adopción generalizada del *Gold Standard*, una vez que se reconocen tres principios (paridad monetaria fija, convertibilidad, transferibilidad del oro) (pp. 39-53) o el fin del *Gold Standard* y las políticas del *beggar thy neighbour*, el proteccionismo y la conversión del Derecho del comercio internacional en un Derecho administrativo de las relaciones económicas con el exterior (pp. 55-67). El Capítulo IV es quizá el más versátil de todos. Sirve a los profesores MAZZONI y MALAGUTI para explicar cómo evoluciona el orden económico mundial en un período de tiempo aproximado de 50 años, que va desde los acuerdos de Bretton Woods (1945) hasta la institución de la Organización Mundial del Comercio (1994). El lector se familiariza así, *ad ex.*, con el GATT (pp. 71-72), el Fondo Monetario Internacional (pp. 70 y 73-77), la transformación del originario proyecto neoliberal concebido en Bretton Woods como consecuencia de la denominada “Guerra Fría” y la descolonización y el Movimiento de Países no Alineados (pp. 78-80). La reacción defensiva de los Estados exportadores de capital es doble: la adopción del Convenio de Washington de 1965 -junto con la institución del ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*)- y la proliferación de los tratados bilaterales de protección de inversiones (BIT [*Bilateral Investment Treaties*]). A su vez, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras refleja la importancia de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, cuando se trata exclusivamente de empresas particulares que discuten sobre la interpretación o ejecución de contratos internacionales que les afectan; es decir, de *arbitrajes privados internacionales* y no de *arbitrajes públicos internacionales* (entre Estados) o *arbitrajes de inversión* (entre empresas extranjeras que destinan importantes cantidades a operaciones de comercio exterior u operan en sectores cercanos a los servicios o los recursos naturales de un Estado de acogida, como el transporte, el sector energético, las materias primas o la minería) (pp. 82-89) (*vid.*, *ad ex.*, 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). Unas

páginas de gran sutileza explican con claridad y laconismo la praxis del denominado *Club de París* o del conocido como *Club de Londres*, las crisis que pueden conducir a la *default* (insolvencia) de Estados soberanos y el papel de la *Troika* -compuesta por el Fondo Monetario Internacional, la Comisión Europea y el Banco Central Europeo- en las reestructuraciones de las deudas soberanas (pp. 94-96) (*vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Emisión de bonos soberanos. Aspectos de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 34, 2018, pp. 185-205; I. TIRADO MARTÍ, “Crisis financiera y crisis soberana: un análisis de los mecanismos de transmisión”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 2459-2486). El Capítulo V tiene dos partes netamente diferenciadas. En la primera, se constatan y explican tres datos innegables: el fin de la escisión Este-Oeste (adiós a la “Guerra Fría”), la difusión del neoliberalismo en los antiguos Estados socialistas de Europa oriental y en países en vías de desarrollo y, por último, la Globalización y el desarrollo tecnológico (pp. 99-104) (*vid.*, *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Albacete, LiberLibro.com, 2002). En la segunda, se revela cómo se resolvieron las crisis financieras locales anteriores a 2008 y cómo se intentó afrontar la crisis global de 2008 (pp. 104-115). Se apuntan las crisis de algunos países de la Eurozona (Grecia, Irlanda, Portugal, España y Chipre). Se concluye -perdón por el *spoiler*- que: “[...] es fundamentalmente la liquidez inyectada al mercado el factor que, al menos hasta hoy, parece haber impedido que la crisis de 2008 trajera consigo consecuencias tan trágicas como las de la crisis de 1929” (p. 115). Como anunció el Comunicado de prensa de 6 septiembre 2012 del Gobernador DRAGHI, el Banco Central Europeo estaba dispuesto a hacer lo que fuera necesario (“*whatever it takes*”) para impedir las desestabilizaciones especulativas sobre el mercado de los bonos de Estado europeos (p. 115) (*vid.*, *ad ex.*, I. TIRADO MARTÍ, “Mecanismos actuales de la UE para enfrentar la insolvencia soberana. Una análisis normativo tomando como referencia a los principios de la UNCTAD”, en *Deuda pública y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 385-417).

6. De la *segunda cuestión* se ocupan los capítulos VI (“La situación actual: el Derecho vigente

y la diversidad de sus fuentes”), VII (“*Soft law, hard law* y praxis arbitral”) y VIII (“La crisis del orden económico contemporáneo”). Éste es un libro que no tiene porqué leerse en el orden que sus autores han dado a los capítulos de esta obra. Quienes deseen sumergirse directamente en cómo es hoy el Derecho mercantil internacional pueden asomarse, prescindiendo de todo lo anterior, a las pp. 117 y ss. y se encontraran con un texto redactado con un *estilo sencillo y directo* que pone de relieve cómo consideran sus autores algunas de las *grandes cuestiones de dogmática jurídica* que caracterizan actualmente dicha disciplina jurídica. Baste señalar a *título ejemplificativo*: a) La evolución del Derecho internacional general desde el *principio de la igualdad de trato* al del *standard mínimo internacional* y de éste al del respeto de los *derechos humanos* (pp. 119-122). Especialmente en el siglo XIX, se partió de la idea de que los extranjeros (generalmente inversores estadounidenses o europeos en Hispanoamérica) tenían derecho a ser tratados en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados de acogida (ejemplo de ello era la denominada *cláusula Calvo*: los extranjeros tenían derecho a acceder a los tribunales de justicia a cambio de renunciar a que su Estado de origen ejerciera la protección diplomática a su favor). Ahora bien, había Estados que trataban muy mal a sus nacionales. Surgió así la idea de que el extranjero tenía derechos a ciertos derechos fundamentales (un *standard mínimo internacional*), cualesquiera que fuesen los derechos que el Estado de acogida otorgase a sus propios nacionales, idea que, en la actualidad, ha sido sustituida por otra: los extranjeros tienen derecho a ciertos derechos que el ordenamiento internacional les reconoce (los *derechos humanos*) por el mero hecho de ser personas y con independencia de cuál sea su nacionalidad (*vid., ad ex., C. FOCARELLI, Trattato di diritto internazionale*, San Mauro Torinese, UTET Giuridica, 2015, pp. 943-972). b) El papel “codificador” de las “tres hermanas” (CNUDMI, UNIDROIT y Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) (pp. 142-148) (*vid., ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020; C. DEVAUX, *La fabrique du droit du commerce international: réguler les risques de capture*, Bruxelles, Bruylant, 2019). c) La resolución de los “conflictos de leyes y de jurisdicción” (pp. 148-152) (*vid., ad ex., G.A. BERMANN/W.S.*

DODGE/D.E. CHILDRRESS III, *Transnational litigation in a nutshell*, 2ª ed., St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2021; A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021). d) La existencia y el valor jurídico de la moderna *Lex Mercatoria* y el papel de los *guardianes* de la misma (los árbitros) (pp. 153-172) (*vid., ad ex., 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.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria and Private International Arbitration”, *CDT*, 12, 1, Marzo 2020, pp. 66-85; B. CENTNER, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren: eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Grundlagen der Rechtsermittlung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019; F. FERRARI/S. KRÖLL [EDS.], *Conflict of laws in international commercial arbitration*, Huntington, NY, Juris, 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; J. HOEKSTRA, *Non-state rules in international commercial law: contracts, legal authority and application*, London, New York, NY, Routledge, 2021; 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; F. MARRELLA/N. SOLDATI (EDS.), *Arbitrato, Contratti e Diritto del commercio internazionale. Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini/Essays in honour of Giorgio Bernini*, Milan, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021; 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; M. REQUEJO ISIDRO, “25 años de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: estado de la cues-

ción”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (Eds.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 91-139). Se puede estar de acuerdo -o no- con el enfoque y las conclusiones a las que llegan los profesores MAZZONI y MALAGUTI; pero no puede negarse que, en todo caso, ambos tienen un *pensamiento vigoroso*.

7. De la *tercera cuestión* se ocupan los capítulos IX (“Partidarios y detractores del modelo neoliberal: la tensión entre el retorno del estatismo, los modelos comunes promovidos por la uniformización del Derecho y el papel activo de la cooperación entre particulares”) y X (“Reflexiones finales y perspectivas de reforma”). En ellos, los profesores MAZZONI y MALAGUTI se asoman tanto a las tendencias económicas de nuestro tiempo como a los debates ideológicos, a los movimientos de reforma como a los de contrarreforma, al

resurgimiento del intervencionismo estatal como a los planes de futuro de las principales Organizaciones internacionales interesadas en las relaciones económicas *across the borders*. Los autores de este libro explican estos diferentes asuntos con tal claridad y conocimiento que transmiten al lector la sensación de seguridad, aunque uno no pueda olvidar que, cuando se trata de eventos futuros, el ser humano pisa sobre *shifting sands*.

8. No es el tamaño, sino el conocimiento que un libro incluye lo que importa para que sea un “gran” libro. Estamos ante un *libro fantástico*, que informa, forma e inspira. Sólo lamento no haber tenido un libro tan magnífico como éste, cuando yo era joven y me iniciaba en el estudio del Derecho mercantil internacional en la Universidad de Bolonia y en el Instituto Max Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo. *Simply excellent*.

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (DIR.). *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*. Murcia, Editorial Laborum, 2021, 640 pp., ISBN: 9788417789732

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.2022.6760>

1. Con la publicación de este libro colectivo dirigido por CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, y coordinado por el Dr. FRANCISCO ORTIZ CASTILLO, de la Universidad de Murcia, se colma una importante *laguna* en la bibliografía española sobre Derecho Social Europeo. Con anterioridad no existía una obra de referencia en español que ofreciese una visión global y, a la vez, pormenorizada y actualizada de los complicados entresijos del Reglamento 883/2004 (desarrollado por el Reglamento 987/2009) y en vigor desde el uno de mayo de 2010.

El libro está dedicado a una de las más destacadas figuras de la doctrina laboralista española, el Catedrático ANTONIO OJEDA AVILÉS, maestro y precursor en los estudios de Derecho Social Europeo.

2. Como es bien sabido, la legislación en materia de Seguridad Social no se encuentra entre las competencias nacionales transferidas a la UE, sino que corresponde a los Estados. Cuestión distinta es que, con la implantación de la moneda común, los Estados de la eurozona se hayan vistos sometidos a una rigurosa disciplina presupuestaria y que, para controlar el déficit público, pretendan recortar gastos sociales (especialmente en pensiones contributivas).

3. Al día de hoy, no existe un sistema unificado y común de Seguridad Social en la UE ni tampoco existe armonización en este campo, sino que coexisten en la UE *tantos sistemas de Seguridad Social como Estados* en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable. Cada sistema,

fruto de un precipitado histórico, mantiene sus singularidades y diferencias respecto a las vías de financiación, ámbito de aplicación material y personal y procedimiento.

4. Resulta evidente el gran interés, no solo académico sino eminentemente práctico, que plantea el estudio del Reglamento 883/2004, ya que es el instrumento jurídico que coordina esta pluralidad de regímenes nacionales de Seguridad Social, tendiendo “puentes” entre ellos para evitar que los trabajadores migrantes vean mermados sus derechos en materia de Seguridad Social por el hecho de haber trabajado, cotizado y/o residido en diferentes Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable. Hay que tener presente que la *coordinación de sistemas de Seguridad Social* no es un fin en sí mismo, sino que tiene un *carácter meramente instrumental*: facilitar la realización de uno de los pilares del Derecho de la UE, cual es el de la libre circulación de trabajadores.

5. En esta época de reformas para garantizar la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social, no está de más recordar que la aplicación del Reglamento 883/2004 tiene un coste económico; pues la aplicación de los principios en que se inspira (igualdad de trato, asimilación, totalización y exportación de prestaciones) genera automáticamente un incremento del gasto de los Estados, especialmente de los que cuentan con un amplio elenco de prestaciones no contributivas. A pesar de ello, este tema nunca es tomado en consideración, cuando se plantean reformas nacionales para reducir el porcentaje del PIB que los Estados

destinan a protección social, reformas que hasta ahora han ido siempre encaminadas a reforzar el Pilar Económico y Monetario a costa del *Pilar Europeo de Derechos sociales*.

6. En otro orden de ideas hay que reconocer que no es fácil encuadrar la coordinación de sistemas de Seguridad Social en un área de conocimiento concreto; porque se entremezclan diversas disciplinas. Precisamente la complejidad de su estudio deriva de la necesidad de dominar no sólo el propio sistema nacional de Seguridad Social, sino también ordenamientos extranjeros, el Reglamento 883/2004 y, además, tener una sólida formación respecto al derecho a la libre circulación en la UE, tanto en el Derecho originario como en el derivado. A ello hay que sumar el problema de que la coordinación no forma parte de los planes de estudios de nuestras Universidades, a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, por lo que no es extraño que existan pocos especialistas en nuestro país. De hecho, estamos ante una materia que no es objeto de estudio específico en los manuales de Derecho del Trabajo y Seguridad Social ni en los de Derecho internacional público o privado.

7. Si algo caracteriza al Reglamento 883/2004 es su extraordinaria complejidad, pese a todos los intentos que se han llevado a cabo hasta la fecha por simplificarlo. Por ello, lo primero que hay que valorar muy positivamente de este libro colectivo es la *claridad expositiva* de sus autores que permitirá que su lectura no solo enriquezca a quienes tuvieran conocimientos previos en la materia, sino que resulte asequible incluso para quienes se acerquen por vez primera a estos contenidos. A todos ellos van dirigidas las 640 páginas de esta obra colectiva sobre un tema de extraordinario interés especialmente en España; ya que, durante décadas, miles y miles de españoles han emigrado a otros países europeos en busca de oportunidades laborales que no encontraban en nuestro país y a los cuales se les presentan multitud de problemas: ¿cuántas pensiones pueden cobrar si trabajaron en varios Estados de la UE? ¿Se reconoce el derecho a prestaciones familiares en el Estado de empleo, si sus hijos residen en España? ¿pueden seguir cobrando sus pensiones extranjeras, cuando retornan a España?. Pero igualmente este libro es de sumo interés para los nacionales de países de la UE que hayan trabajado en España; pues también ellos se enfrentan a incógnitas tales como si podrían co-

brar complemento de pensión de vejez española, si tienen hijos que no son nacionales españoles o si pueden exportar el Ingreso Mínimo Vital que estuvieran cobrando, entre otras muchas cuestiones que la práctica diaria ofrece.

8. Otro mérito del libro radica en el hecho de que los lectores no tengan en sus manos un mero comentario del articulado del Reglamento 883/2004, sino una *obra crítica y reflexiva*, que destaca por la exhaustiva exposición de la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre las materias analizadas, en la que no faltan las propuestas de reformas para solventar problemas detectados en la aplicación del Reglamento 883/2004.

9. La profesora CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS, además de dirigir esta obra compuesta por veintiún capítulos, es también la autora de cuatro de ellos: el capítulo primero, que actúa como pórtico del conjunto del libro y mediante el cual se ofrece una introducción general respecto al concepto de la coordinación y sus principios inspiradores y se lleva a cabo una exposición de la evolución histórica de los Reglamentos: desde el 3/58 hasta el vigente 883/2004. El capítulo quinto, en que se analiza la aplicación preferente de los Convenios internacionales de Seguridad Social más favorables para los migrantes frente al Reglamento de coordinación, así como también se incide en impacto de la sentencia *Gottardo* para ampliar el ámbito de aplicación personal de los Convenios internacionales de Seguridad Social (STJUE 15 enero 2002, C-55/00, *Gottardo*, ECLI:EU:C:2002:16, comentada, *ad ex.*, por B. FERNÁNDEZ PÉREZ, “De nuevo sobre la legitimación de los particulares para impugnar directamente actos normativos comunitarios y la tutela judicial efectiva: el restablecimiento del statu quo”, *Diario La Ley*, 2002, nº 5645, pp. 1-7; A. LANG, “Non discriminazione in base alla nazionalità e convenzioni bilaterali tra Stati membri e Stati terzi”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002, pp. 871-874; L. MARINI, “Conteggio dei periodi contributivi a fini previdenziali e discriminazioni fondate sulla cittadinanza: il nuovo orientamento della Corte di giustizia”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2002, pp. 143-152; ID., “Sul calcolo dei periodi contributivi non può pesare la diversa nazionalità”, *Diritto del commercio internazionale*, 2002, pp. 494-495; M. NOVAK, “Meistbegünstigung bei bilateralen Sozialversicherungsabkommen mit Drittstaaten”, *European Law Reporter*, 2002, p. 32; M.I. ROFES

I PUJOL, “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Sobre el principio de igualdad y los convenios bilaterales de seguridad social entre Estados miembros y Estados terceros, aplicados a un trabajador migrante que reclama una pensión de vejez. Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 15 de enero de 2002, Gottardo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2002, pp.141-152). En el capítulo décimo quinto, expone la aplicación del Reglamento 883/2004 a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social y, en el último capítulo del libro, plantea la necesidad de notificar en el Anexo X del Reglamento 883/2004 al Ingreso Mínimo Vital para evitar su exportación.

10. IVÁN RODRÍGUEZ CARDO, profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, aborda en el capítulo segundo el *conflicto de leyes* en el Reglamento 883/2004. Analiza cómo el *criterio de territorialidad* condiciona decisivamente la configuración de las normas de conflicto que identifican la legislación aplicable a los derechos de protección social de quienes se desplazan por varios Estados, resultando especialmente ilustrativo su estudio sobre las reglas aplicables para determinar a qué sistema de Seguridad Social quedarán sujetos los trabajadores transfronterizos.

11. BRUNO GREGOIRE, Director de Relaciones Europeas e Internacionales de la URSSAF - Caisse Nationale, reflexiona en el capítulo tercero sobre la *movilidad de los trabajadores* en los Reglamentos de coordinación y se plantea la cuestión de si es necesaria su reforma. Como obstáculos a dicha movilidad, destaca el desconocimiento por parte de los propios trabajadores de sus derechos en esta materia y la heterogeneidad de los sistemas de gestión de las instituciones de Seguridad Social, que imposibilita el restablecimiento de los derechos de los trabajadores en caso de abuso.

12. El *trabajo en el mar y sus especiales características extraterritoriales* son abordados en dos capítulos distintos: las *obligaciones de los armadores* son analizadas por la Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Jaume I, ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO, quien destaca cómo existen ordenamientos jurídicos que contemplan obligaciones específicas para estos sujetos de las que en ningún caso pueden quedar exonerados por la aplicación de las normas de coordinación. Obligaciones que están recogidas

-con carácter mínimo y mejorable por los ordenamientos nacionales- en la Directiva CE/13/2009.

De la aplicación del Reglamento 883/2004 a los *trabajadores a bordo de buques* se ocupa XOSÉ CARRIL VÁZQUEZ, profesor titular de Derecho del Trabajo de la Coruña, quien nos recuerda la importancia del *pabellón del buque*, como criterio general para determinar la legislación aplicable, pasando a analizar importantes sentencias de especial interés para los marinos españoles.

13. ANDRÉS TRILLO GARCÍA, Letrado del INSS, es el autor del capítulo más extenso de la obra, por la infinidad de aristas que plantea esta materia tan sensible para todos los migrantes, en especial el *reembolso de gastos por la asistencia sanitaria transfronteriza recibida*. Materias todas estas desconocidas para el gran público y que explican que no se recurra con más frecuencia a los mecanismos que el propio Reglamento prevé para evitar las listas de espera nacionales de excesiva duración.

14. La profesora titular de Derecho del Trabajo y Seguridad de la Universidad de Granada, BELÉN LÓPEZ INSÚA aborda el tema de la *Incapacidad Temporal* en el capítulo séptimo, poniendo especial énfasis en los puntos conflictivos detectados a la luz de la jurisprudencia del TJUE y, en concreto, a los efectos sobre el ejercicio y duración de las vacaciones.

15. La coordinación de las *prestaciones de maternidad y paternidad asimiladas*, diferenciando entre el régimen aplicable a las prestaciones en metálico y en especie, son estudiadas por CARMEN JOVER RAMÍREZ, acreditada a Profesora Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Cádiz.

16. CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y sin duda un referente internacional en materia de Seguridad Social en la UE, aborda el estudio de la coordinación de los *accidentes de trabajo*, llegando a la conclusión de que la regulación actual resulta incompleta por lo que *de lege ferenda* defiende la aplicación subsidiaria del capítulo de vejez/invalides en este ámbito.

17. La prestación de *invalides* a la luz del Reglamento 883/2004 es el tema que aborda en el capítulo décimo Mª FERNANDA TREJO CHACÓN, Subdirectora Provincial de Trámite y Control de pensiones de la Dirección Provincial del INSS de

Badajoz. La autora expone los diferentes regímenes aplicables según se trate de legislaciones tipo A o tipo B, resultando de especial interés para los migrantes las medidas que analiza para agilizar el proceso de cálculo de la pensión.

18. ELISE DEBIÈS, Directora del Instituto de Altos Estudios de Protección Social, se ocupa de la prestación de *vejez*, destacando cómo la aplicación del art. 50 del Reglamento 883/2004 puede provocar diferencias de tratos entre migrantes y “sedentarios”: respecto a los primeros su prestación de vejez se podrá liquidar en un Estado mientras se continúa adquiriendo derechos en otro, con la consecuencia de una nueva liquidación posterior, incluso por la institución que ya liquidó, tomando en cuenta nuevos periodos y potenciales elementos nuevos extraídos de las reglas en vigor en el momento de la nueva liquidación.

19. El Catedrático de Derecho de Trabajo de la Universidad Autónoma de Barcelona JORDI GARCÍA VIÑA estudia la coordinación de la prestación por *desempleo*, respecto de la cual destaca que su exportabilidad está limitada en el tiempo. En esta materia, Bélgica y Holanda son los dos Estados que plantean mayor número de cuestiones prejudiciales por motivos históricos y geográficos.

20. Un tema escasamente estudiado por la doctrina es la prestación española por *cese de actividad*, que es abordada por el profesor JOSÉ PAZÓ ARGIBAY, de la Universidad de Santiago de Compostela. La citada prestación, aunque no está expresamente listada por el artículo 3.1 del Reglamento 883/2004, ha de entenderse coordinada por los contundentes argumentos jurídicos que el autor expone.

21. El profesor titular de Derecho del Trabajo de Santiago de Compostela, JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO expone con maestría la inmensa batería de problemas jurídicos que plantea la coordinación de los *trabajadores fronterizos*, que se complica por lo que al caso español se refiere; porque el concepto nacional es mucho más restringido.

22. La coordinación de las prestaciones de *prejubilación*, una de las grandes novedades introducidas por el Reglamento 883/2004, es examinada por JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ, Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Peculiaridad aplicable a estas prestaciones es que

únicamente van a ser reconocidas y abonadas por el Estado de empleo, sin tener en consideración periodos de seguro, de empleo o de actividad cubiertos en otro Estado miembro.

23. JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA, profesor acreditado a catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Granada, expone el peculiar régimen de la coordinación de las *prestaciones familiares* en virtud del cual se garantiza el derecho a las mismas a los trabajadores de un Estado miembro, incluso cuando los sujetos causantes continúen residiendo en su Estado de origen.

24. De las prestaciones por *dependencia* se ocupa FERNANDO JIMENO JIMÉNEZ, coordinador de la unidad de dependencia del IMSERSO de Ceuta. Este autor analiza la casuística jurisprudencial que se inicia con la cuestión prejudicial *Molenaar*, a partir de la cual estas prestaciones se equiparan con las prestaciones de enfermedad y, por tanto, se pone fin a la incertidumbre sobre su inclusión en el ámbito de aplicación material de los Reglamentos de coordinación, pues formalmente no están listadas entre el elenco de prestaciones coordinadas por los mismos (STJUE 5 marzo 1998, C-160/96, *Molenaar/Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1998:84, comentada, *ad ex.*, por M. ALTROCK, “Export von Leistungen zur Deckung des Risikos der Pflegebedürftigkeit”, en *Casbook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 236-242; E. EICHENHOFER, “Europäische Wirksamkeit der Pflegeversicherung”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1998, pp. 742-743; K. FÜSSER, “Die Vereinigung Europas und das Sozialversicherungsrecht: Konsequenzen der Molenaar-Entscheidung des EuGH”, *Neue juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 1762-1763; U.M. GASSNER, “Pflegeversicherung und Arbeitnehmerfreizügigkeit”, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 1998, pp. 313-318; F. KESSLER, “L’assurance dépendance allemande analysée par la Cour de justice des Communautés européennes: vers une définition communautaire de la dépendance?”, *Revue de droit sanitaire et social*, 1999, pp. 623-624; M. NOVAK, “Export von deutschem Pflegegeld”, *European Law Reporter*, 1998, pp.128-129).

25. De un tema prácticamente inédito en la doctrina científica se ocupa JESÚS CARLOS MARRUECOS HUETE, funcionario de la Tesorería Gene-

ral de la Seguridad Social y Jefe de la Unidad de Recaudación Ejecutiva 07/03 en Ibiza: el *mecanismo de euroasistencia mutua* de los Reglamentos de coordinación en materia de *recaudación ejecutiva por deudas expatriadas* a las Agencias de Seguridad Social Europeas.

26. A la vista de esta somera exposición, no cabe sino concluir que esta obra colectiva está llamada a ser un referente para los operadores jurídicos, no sólo en España, sino en todos los Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable.

P. FRANZINA. *Introduzione al diritto internazionale privato*. Giappichelli Editore, Torino, 2021, 336 pp. ISBN 9788892142237

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6761>

1. Casi al final del año 2021 ve la luz este libro, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Giappichelli Editore, Torino, escrito por PIETRO FRANZINA, profesor de Derecho internacional en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. PIETRO FRANZINA es uno de los mejores y más perspicaces especialistas en Derecho internacional privado del siglo XXI. De ello da fe el curso profesado en la Academia de La Haya de Derecho internacional privado en 2021 con el título “*Private International Law and Time*”. Este libro, esta “introducción” al Derecho internacional privado se presenta como un instrumento de iniciación en esta disciplina. Un libro para estudiantes y para profesionales del Derecho que desean mantenerse actualizados: “*concipito come strumento per la didattica universitaria e come ausilio per la formaziane e l’aggiornamento dei professionisti*”. El lector no debe sentirse confundido. Este libro es mucho más que eso. Bajo un ropaje modesto, esta obra incluye un auténtico mar de ideas bulliciosas que desafían y enriquecen al lector. Al lector que esté atento, naturalmente. Aquí se recordaran sólo algunas de esas ideas.

2. El libro presenta varias partes bien diferenciadas. La primera muestra las coordenadas básicas del Derecho Internacional Privado y cubre, efectivamente, el objeto y los caracteres del Derecho internacional privado así como las fuentes y su coordinación. En la segunda parte se aborda el tema de la jurisdicción, la competencia judicial internacional, con el examen fundamentalmente concentrado en el Reglamento Bruselas I bis y en la Ley 218/1995. La tercera parte analiza el sector de la ley aplicable con un examen teórico y dogmático

de los distintos métodos de reglamentación, para pasar después al análisis del Reglamento Roma I (contratos internacionales) y Roma II (obligaciones extracontractuales). La parte cuarta se dedica a la eficacia de decisiones extranjeras la cual se concentra en el Reglamento Bruselas I bis y en otros procedimientos así como en el Derecho nacional italiano, esto es, en los innovadores arts. 65 y 66 de la Ley 218/1995. La parte quinta y final se dedica a exponer la cooperación entre autoridades de distintos Estados y en particular la práctica de notificaciones y pruebas en la Unión Europea.

3. Las ideas que se encuentran en este libro son numerosas y brillantes. Ya en página 5, por ejemplo, el autor pone de relieve la concepción clásica y estática del sistema conflictual, que remite siempre al Derecho de un Estado y acepta, en este sentido, la organización política del mundo dividido en Estados, como explica J.-M. JACQUET, “La fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2001, vol, 292, pp. 147-248. Esta construcción adolece de una desafortunada rigidez porque asume el riesgo de perder de vista una parte no pequeña de la vida de relación de las personas y de las empresas en un contexto transfronterizo. En efecto, la norma de conflicto nunca remite a las reglas elaboradas por confesiones religiosas ni a reglas propias de asociaciones o colectivos no estatales que operan a nivel internacional. La *Lex Sportiva*, la *Lex Religiosa* y la *Lex Mercatoria*, por ejemplo, están fuera de su juego. Tales normas sólo se aplican en la medida en la que son toleradas por el Derecho estatal al que conduce la norma de con-

flicto. Es un punto para reflexionar en un mundo globalizado, dinámico y súper veloz.

4. Muy interesante resulta la propuesta sobre el gobierno de los fenómenos de movilidad en página 13. El Derecho internacional privado actual, en efecto, más que afrontar los supuestos con elementos extranjeros, -que también-, regula las realidades jurídicas en movimiento. PIETRO FRANZINA arroja luz del mismo modo, sobre una tendencia de moda en el Derecho internacional privado del siglo XXI: la función política del Derecho internacional privado, esto es, el modo que desarrolla este sector del Derecho para reforzar los valores propios de un ordenamiento jurídico estatal concreto. Con otras palabras, el libro abre un debate que no está en absoluto cerrado sino más vivo que nunca: ¿es el Derecho internacional privado un conjunto de normas que pueden ordenar la vida política nacional e internacional? ¿Hacen política las normas de Derecho internacional privado? ¿Puede gobernarse el mundo globalizado del siglo XXI mediante las normas de Derecho internacional privado? Es posible que sea parcialmente así, el dilema sigue ahí y puede seguirse en el excelente trabajo de H. MUIR WATT / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (EDS.), *Private international law and global governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

5. La obra muestra una querencia por ciertos postulados del análisis económico del Derecho. Habla sin ambages el autor de la reducción de los costes de transacción (página 33) asociados a la unificación de las normas de Derecho internacional privado en la Unión Europea en un análisis brillante de las fuentes del Derecho internacional privado europeo. Hay más ejemplos esparcidos por todo el libro de un análisis económico de las normas de Derecho internacional privado, lo que es de agradecer. Frente a tendencias ideológicas obsoletas, el análisis económico del Derecho internacional privado explica de manera muy satisfactoria por qué muchas reglas de ese sector jurídico son como son.

6. En relación con el Derecho internacional privado de la UE la obra se mueve con una soltura admirable. Es magnífico el examen que realiza de la dimensión interna y externa de la acción de la Unión Europea en páginas 36 y 37. En particular, destaca el autor que los convenios internacionales firmados por la Unión Europea vinculan a todos los Estados miembros aunque estos no los firmen, gra-

cias a lo dispuesto en el art. 216.2 TFUE. Del mismo modo, pone de relieve que, en caso de conflicto normativo, estos convenios prevalecen sobre la normativa de Derecho derivado de la Unión Europea. Fenómeno que explica, por cierto, la existencia de las famosas cláusulas de desconexión en ciertos convenios firmados por la UE con terceros Estados.

Transparente y luminoso se muestra el análisis de los parámetros de legalidad del Derecho de la Unión Europea. El Derecho europeo no debe examinarse a través de las lentes de la Constitución de uno u otro Estado miembro, sino a través del Derecho primario de la Unión Europea. La descripción de la interpretación del Derecho internacional privado europeo, en páginas 38 y 39, es igualmente muy inspirador.

7. Detalles particularmente sugerentes no faltan. Extraordinariamente interesante es el «cuidado de los textos uniformes de Derecho internacional privado», en páginas 40 y 41. En efecto, la rigidez de los convenios internacionales de Derecho internacional privado les impide ser modificados con facilidad. Es siempre complicado alcanzar un consenso entre varios Estados tanto para celebrar como para modificar un texto convencional, como ya había destacado T. BALLARINO, “Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2009, pp. 40-64. Por ello, ciertos organismos internacionales, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, disponen de «mecanismos de cuidado» de sus textos legales mediante comisiones especiales, dossiers complementarios, guías prácticas etc., que permiten actualizar el texto legal sin alterar una coma del mismo. Frente a ello, la Unión Europea afronta el problema de la obsolescencia de sus textos de Derecho internacional privado de otra manera bien distinta. En primer lugar, mediante la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en segundo lugar, mediante los «reglamentos de refundición», que permiten a las instituciones europeas actualizar con facilidad textos anteriores. Otra ventaja más de la existencia de un «legislador europeo» (= el legislador del siglo XXI) frente a un «conjunto de Estados que legislan» (= el legislador de los siglos XIX y XX que elaboraba convenios internacionales).

8. Más detalles. El caso objeto de la STEDH 21 junio 2016, *Naiit Liman vs. Suiza* [ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD005135707], en página 55,

es analizado con propiedad y sistema. Verdaderamente muy trazado, transparente y muy bien explicado aparece todo el régimen de competencia internacional del Reglamento Bruselas I-bis. Dentro del mismo, sin duda, hay que destacar el estudio que hace P. FRANZINA de los foros especiales y en particular, de cómo estos foros no deben operar si no permiten una identificación sencilla, rápida y previsible del foro competente (página 79). El argumento lo basa en autor con brillantez en la sentencia STJCE 19 febrero 2002, C-256/00, *Besix* [ECLI:EU:C:2002:99] y lleva toda la razón: los valores están por encima de las normas. El valor, el principio inspirador, es el que manda y la norma es la que debe obedecer, como ha sugerido también J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Editorial Comares, Colección «Ciencia Jurídica y Derecho Internacional», Granada, 2021, p. 235). En este contexto, también el autor expone el súper famoso método analítico-distributivo, el método *Tessili*, de un modo curiosamente sencillo a pesar de la complejidad del método en cuestión. Ello se debe a que el autor ya en el pasado había llevado a cabo un análisis exhaustivo y detallado, -y muy acertado-, de tan complejo método (P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art. 5 n.1 del regolamento n.44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006). La Ley del contrato es la solución racional porque «la ley del contrato es la única verdad», afirma con razón el autor en páginas 89 y 90. Porque cuánto más se domina un tema es cuando éste se puede exponer de manera más sencilla y directa.

9. Más ideas. Resulta realmente interesante la exposición del autor en torno a la operatividad de la norma de conflicto bilateral como creadora de un ambiente natural y propicio para el libre comercio mundial. En efecto, la racionalidad del sistema conflictual, la fungibilidad de los distintos ordenamientos estatales, la igualdad de todos ellos favorece las relaciones recíprocas entre las personas establecidas en distintos Estados (página 150). Este análisis es fino, excelente y elegante. Por cierto, que otra de las joyas mejor escondidas que presenta este libro en páginas 162 y 163 es la dicotomía entre las normas de conflicto flexibles propias de los países *Common Law* y las normas de conflicto rígidas del Derecho continental. Es cierto que el enfoque dual sigue presente en el siglo XXI pero es verdad también que el Derecho de la UE ha optado por un

sistema rígido pero datos y mecanismos cada vez más flexibles. En definitiva, aunque P. FRANZINA no lo dice así, el lector tiene la impresión de que, a estas alturas del siglo XXI, el *approach* anglosajón ha incidido más en el *approach* continental que al revés. En este contexto, resulta muy atractivo el análisis que el autor realiza del punto de conexión «residencia habitual» en el Derecho internacional privado europeo (página 163). Este punto de conexión exige un análisis de los elementos de hecho, fácticos, del caso concreto, con lo que el sistema europeo gana en justicia del caso concreto, en cercanía de la Justicia a las personas.

10. El análisis del orden público internacional es realmente sugerente y rico en matices. Dentro del mismo expone con meridiana claridad el autor el muy interesante proceso que ha seguido la *Corte di Cassazione* italiana. Ésta ha superado la tesis del orden público exclusivamente constitucional y a partir de la sentencia de 8 de mayo de 2019 es claro que los valores fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, que integran el orden público italiano, no se hallan sólo en la Constitución de dicho país, sino también en la legislación ordinaria, «que pone en concreto y desarrolla los valores constitucionales». La tesis del orden público constitucionalizado puede explorarse en F. SALERNO, “La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2018, vol. 54, pp. 259-291 y una crítica ponderada puede leerse en O. FERACI, “La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019 tra “costituzionalizzazione attenuata” e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 102, nº 4, 2019, pp. 1137-1151.

11. Se nota que P. FRANZINA se mueve con habilidad, soltura y eficacia en el mundo de los contratos internacionales: su análisis del Reglamento Roma I es detallado, claro y sugestivo, con reflexiones interesantes sobre por qué los contratantes prefieren el elegir el Derecho inglés o el suizo antes de otros (páginas 206 y 207). En este escenario, el libro dedica un análisis especial al fraccionamiento voluntario de la ley aplicable al contrato internacional (*dépeçage*). Éste se contempla como una cuestión exótica e incluso peligrosa. Para marcar los límites al *dépeçage* de la ley aplicable al contrato internacional, el autor trae a colación con fuerza la

STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo* [ECLI:EU:C:2016:40], aunque en realidad no es dicha sentencia un elemento definitivo porque la misma se pronunció sobre un caso en el cual había un fraccionamiento de la ley aplicable al contrato ajeno a la voluntad de las partes (páginas 210-213), como el mismo autor admite. El debate actual sobre los límites del *dépeçage* puede seguirse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Scelta multipla e scelta parziale della legge applicabile ai contratti internazionali”, en AA.VV., *Arbitrato, contratti e commercio internazionale - arbitration, contracts and international trade, Studi in onore di Giorgio Bernin / Essays in honour of Giorgio Bernini*, 2021, pp. 59-76, donde se defiende esta opción.

12. El art. 4 del Reglamento Roma I también es analizado con mucha finura. Afirma el autor que el artículo 4 párrafo 1 letra a del Reglamento Roma I permite una “*localización técnicamente eficiente del contrato*”, lo que es una gran verdad. En efecto, el precepto permite que las mismas partes pueden determinar fácilmente la Ley del contrato sobre la base de informaciones que éstas ya poseen o que pueden poseer de una manera sencilla (página 218). De nuevo, la perspectiva económica permite explicar las soluciones del art. 4 del Reglamento Roma I.

13. El desarrollo de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (páginas 248 y 249) pro-

porciona matices muy valiosos. Es destacable que para el autor la aplicación de la ley del país de la residencia común de las partes sea “excepcional”. Ésta es una cuestión muy debatida en la doctrina. Otro asunto importante es la precisión de las partes a las que se refiere el art. 4.1 RR-II cuando se remite a la “residencia habitual”. No le falta razón alguna al autor cuando indica que debe ser la residencia habitual común de la víctima y de la parte que causa el daño. Si se refiriese al “presunto responsable”, se entraría en un círculo vicioso. ¿Cómo precisar si el padre responde por los daños causados por el hijo menor de edad? Para ello hay que concretar la ley aplicable y no se puede concretar la Ley aplicable si no se sabe si el padre responde por los daños causados por el hijo menor (página 249).

14. Finalmente, es de destacar la elegancia de P. FRANZINA en el uso de la bellísima lengua italiana. El estilo es transparente, el vocabulario muy rico, las expresiones claras y certeras y la construcción sintáctica es directa. Las obras jurídicas oscuras son obras jurídicas perversas, que extravían al lector. Las obras jurídicas diáfanas, como la presente, son obras luminosas. Es un placer para los que disfrutan con el Derecho internacional privado leer las páginas de esta *Introduzione al diritto internazionale privato*, de P. FRANZINA, descubrir sus ideas y entrar en los debates intelectuales que suscita. Es un modo muy sugestivo para comenzar un nuevo año.

FABRIZIO MARRELLA, *Manuale di Diritto. Del commercio internazionale*. Segunda Edizione, Cedam, Milano, 2020, 936 pp. ISBN 9788813373672

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6762>

1. Llega la flamante nueva edición (segunda) de esta obra de FABRIZIO MARRELLA, professore ordinario di diritto internazionale en la Università “Cà Foscari” de Venezia, Italia. Este *Manuale di diritto del commercio internazionale*, segunda edición, Cedam, Milano, 2020, constituye una libro fundamental para estudiantes, profesores y profesionales del Derecho del comercio internacional.

2. La obra muestra una panorámica completa, exhaustiva, sistemática y muy práctica sobre la disciplina jurídica de las relaciones comerciales transnacionales de las empresas, tanto en lo que se refiere a las normas jurídicas aplicables como a los mecanismos para la prevención y resolución de controversias en un contexto tranfronterizo. El libro incluye, al final de sus páginas, unos esquemas y resúmenes, útiles en la práctica diaria. El origen remoto de este excelente libro se halla en la mítica obra de F. GALGANO y F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, 2004, un texto que abrió una época nueva para los estudiosos del Derecho comercio internacional en un contexto de colaboración entre un maestro del Derecho civil y mercantil y un maestro del Derecho internacional.

3. El inicio del libro es, sencillamente, espectacular. Al fin y al cabo “la historia es todo”, *-l’histoire est tout*, escribía MAX GUTZWILLER-, y así lo entiende el autor cuando arranca con una excepcional exposición dedicada a los aspectos históricos del Derecho del comercio internacional. Desde los Derechos antiguos que se remontan a Mesopotamia, pasando por los fenicios, la civilización griega, por supuesto el Derecho romano, el Medioevo, el Derecho las Cruzadas, la formación

del Derecho mercantil internacional, las aportaciones de los glosadores como BARTHOLO y BALDO, el nacimiento del *Jus mercatorum*, la explosión de los Derechos nacionales en la época de las codificaciones como golpe contra el Derecho mercantil internacional y su resurgir verdaderamente floreciente tras la Segunda Guerra Mundial y la llegada de la globalización económica mundial. Esta parte, fascinante, podría formar ya de por sí un libro autónomo, separado e independiente (páginas 2-42). El lector atento y curioso quedará totalmente cautivado ya desde este momento.

4. El tema de los actores del comercio internacional y de las fuentes del Derecho del comercio internacional aparece explicado con clásicas estructuras. Todos los organismos están perfectamente expuestos, de modo que el lector tiene la impresión, verdadera, de que para saber Derecho del comercio internacional debe dominar el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado, el Derecho administrativo, el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal. Eso para comenzar. Muy interesante y atractiva es la parte dedicada a las empresas transnacionales, las llamadas multinacionales, y en páginas 137-145 se encuentran las distintas teorías sobre el concepto de sede de la sociedad, criterio imprescindible para la determinación de la *lex societatis*. El enfoque anglosajón fundado sobre la tesis de *incorporation* es evidente en esta parte.

5. En el capítulo de las fuentes, naturalmente, la nueva *lex mercatoria* recibe una atención cuidada, completa, exhaustiva y sugerente en la cual ocupa un lugar preponderante el análisis de la sentencia

de la Corte di Cassazione italiana de 8 de febrero 1982, *Fratelli Damiano*, uno de esos casos líderes sobre la nueva *lex mercatoria*. Porque el lector tiene la impresión de que, en la práctica del comercio internacional, la *lex mercatoria* se abre camino, como la vida misma, gracias, en buena parte a la jurisprudencia. Con frecuencia, ésta se atreve a dar el paso que el legislador no tiene el valor de dar.

6. La parte segunda está dedicada a los contratos internacionales. El análisis es sistemático, luminoso y acertado porque se realiza al hilo de la práctica, de los formularios, de los modelos de contratos propuestos por asociaciones comerciales, por organizaciones internacionales, por grandes empresas. Especialmente atractivo es el análisis de los documentos necesarios para firmar un contrato internacional. Ello muestra que este libro se aleja de posiciones estereotipadas y transita por senderos prácticos, pues el Derecho es para la vida. El Reglamento Roma I también es objeto de atención por parte del autor con una posición clásica muy bien fundada.

En este análisis se encuentran algunos detalles sobresalientes. Por ejemplo, en página 305 el análisis de las cláusulas de *exclusio iuris* (elección expresa negativa de la ley del contrato) es minucioso y preciosista y termina con una solución realmente imaginativa en el marco no del artículo 3 sino del artículo 4 del Reglamento Roma I. También se analiza el fraccionamiento de la ley aplicable al contrato internacional, el *dépeçage* del contrato internacional, en páginas 307-310 y aquí aparece una característica de la obra de FABRIZIO MARRELLA, su sentido del humor, cualidad inmarcesible e inteligente donde las haya. En este sentido, indica el autor que el *dépeçage* del contrato puede llevar a la creación de un *monstrum*, un *Frankenstein* jurídico. Y también subraya que gracias al *dépeçage*, “*si realizza così solo in terra il paradiso degli internazionalprivatisti lasciando gli operatori del commercio internazionale all’inferno!*”.

En general, el análisis del Reglamento Roma I aparece muy bien estructurado de la mano de sentencias de la jurisprudencia italiana que han aplicado el Convenio de Roma o el Reglamento Roma I, así como de varios laudos arbitrales también muy bien analizados. Donde el autor se muestra más crítico es en relación con el rechazo por parte del Reglamento Roma I, en relación con las normativas no estatales, que no se permite que las partes elijan como *Lex contractus*. En este sentido, analiza el autor los esfuerzos para elaborar un

“Código europeo de los contratos” (páginas 310-212). Ahora, con el Brexit, los privatistas ingleses, siempre reacios a las codificaciones, “*podrán tener sueños tranquilos*”. En el examen de los contratos internacionales, las fuentes de Derecho comparado son notables y las referencias al Derecho inglés, alemán, suizo francés y español son constantes. En este contexto, es realmente excelente su análisis de las normas de aplicación necesaria o leyes de policía en página 342-348, en las que muestra las diferentes clases de estas normas, con especial énfasis en las normas que implementan sanciones económicas y embargos internacionales.

7. Muy brillante es el análisis del orden público internacional. En dicho ámbito, el autor desliza una crítica irónica sobre la falta del adjetivo “europeo” en el orden público internacional del artículo 21 del Reglamento Roma I. Tanto insistir en que el Derecho europeo dispone de primacía sobre el Derecho nacional, tanto insistir en las normas imperativas del Derecho europeo (art. 3.4 RR-I) y resulta que el legislador europeo sólo se ha acordado del orden público internacional “del foro”. FABRIZIO MARRELLA sugiere que el orden público internacional debe ser tridimensional: un orden público de la Unión Europea, un orden público europeo forjado sobre el convenio para la protección de los derechos humanos (Roma 4 noviembre 1950) y un orden público del foro (páginas 352-357). Brillante construcción que, sin duda, muestra que el autor posee la cualidad de percibir el futuro próximo en el escenario del Derecho del comercio internacional.

8. El libro contiene capítulos dedicados a los tipos contractuales concretos, -venta internacional, transporte, contratos de distribución, contratos de financiación-, así como a las invenciones industriales y los signos distintivos, -patentes, marcas, diseños industriales-, con una sistemática transparente. Especialmente relevante es el examen de la “circulación de la tecnología” en páginas 636-642. Muchos aspectos concretos más en un libro de 936 páginas son objeto de análisis cuidado y ponderado. El lector, sin duda, encontrará en esta obra una exposición detallada, completa y formativa sobre el Derecho del comercio internacional. Se trata de un libro muy bien escrito y lleno de burbujeantes discursos. Un estímulo intelectual tras otro, todo ello dentro de una estructura sistemática formidable. Bienvenida esta nueva edición de esta obra, un clásico ya de la literatura jurídica europea.

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*. Granada, Editorial Comares, 2021, ISBN: 978-84-1369-138-1

MANUEL DESANTES REAL
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Alicante

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6763>

1. ¡Cómo se agradece volver a la dogmática! El Profesor Javier Carrascosa nos propone en esta monografía un apasionado e intenso paseo por las raíces del Derecho internacional privado a partir de un apotegma irreprochable -no es posible enseñar, aplicar o estudiar un aspecto de una ciencia jurídica sin trazar previamente sus límites intelectuales, es decir, su concepto- y de una declaración de principios ya destacada por el Profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca en su prólogo: el Derecho internacional privado no es una ciencia sino un arte, y ese arte solo puede hacer justicia si se practica con las argumentaciones que proporciona la mejor dogmática jurídica¹.

2. Con estos mimbres, la obra está dividida en dos partes claramente diferenciadas, consagradas, respectivamente, al Derecho internacional privado como disciplina jurídica y a la investigación del Derecho internacional privado. Si bien a primera vista la propuesta parece semejar a las clásicas presentaciones de primer ejercicio de concursos a plazas de profesor universitario, a medida que se avanza en la lectura el lector irá encontrado un sinfín de detalles que ponen de relieve la madurez intelectual y académica a la que nos tiene acostumbrados su autor.

3. La primera parte se extiende a lo largo de 175 páginas y aborda ocho diferentes aspectos de la dogmática: 1) concepto, 2) fuentes, 3) comple-

jidad, 4) metodología, 5) independencia técnico-jurídica, 6) valores constitucionales y europeos, 7) sistema y ordenamientos jurídicos y 8) ortopraxis. El orden no es caprichoso y cada uno de ellos nos abre, cual matrioska, una nueva ventana desde la que analizar la dogmática jurídica de la disciplina.

4. Tras evaluar con rigor y profusión de fuentes hasta seis aproximaciones distintas a la definición del Derecho internacional privado, el Profesor Carrascosa se decanta por una concepción privatista cuyo objeto se centra en las relaciones entre sujetos particulares que presentan un carácter internacional, analiza en detalle su coherencia científica, su complejidad y su inclusión en la órbita del Derecho privado y descarta otras nociones clásicas publicistas, normativistas y objetivistas.

5. El segundo de los aspectos enunciados analiza las fuentes del sistema tanto desde una perspectiva negativa cuanto positiva. Por una parte, critica las teorías del desdoblamiento funcional, de la “Jurisdiction in International Law” y del principio de no intervención de los Estados en los asuntos internos de los demás Estados para concluir que el Derecho internacional privado tiene una completa autonomía sistemática frente al Derecho Internacional Público. Por otra, demuestra de forma contundente que, aun tratándose de un sistema legal, la jurisprudencia -tanto del Tribunal de Justicia cuanto de los tribunales españoles- y la doctrina -doctrina, doctrina autorizada y mejor doctrina- son extraordinariamente relevantes en el diseño del sistema.

¹ Esta reseña constituye una versión ampliada de la que aparecerá en la *Revista Española de Derecho internacional*, 2022, volumen I.

6. Los apartados tres y cuatro de esta primera parte constituyen el nudo gordiano de la construcción de JAVIER CARRASCOSA y justifican la declaración de principios en favor del multilateralismo: por una parte, la complejidad del sistema; por otra, la constante dialéctica entre multilateralismo y unilateralismo. La complejidad del sistema de Derecho internacional privado es analizada desde una quintuple perspectiva: técnica, valorativa, sistemática, doctrinal y lingüística.

7. La complejidad técnica tiene su cenit en la estructura de la norma de conflicto multilateral, que ha pasado de ser automática, neutral, general, abstracta y multilateral a ser especializada, flexibilizada y materializada, lo que conlleva una incidencia gravitatoria en la elección del punto de conexión, en la precisión de su significado -sea fáctico o jurídico- y en la calificación del mismo como meramente “localizador” o como “orientador material”. Todo ello conduce al autor a destacar la doble función de la norma de conflicto como articuladora de los intereses públicos -donde predomina el método unilateral- y como garante de la protección de los intereses privados -donde reina el método multilateral-. Especialmente interesantes son las páginas consagradas a la exoneración de la tesis de la “justicia conflictual” kegeliana, en la medida en que, según el autor, la norma de conflicto multilateral “despliega sus funciones guiada siempre por los valores constitucionales y europeos”, afirmación que será desarrollada con profusión más adelante.

8. Por lo que hace referencia a la complejidad valorativa, el Derecho internacional privado no defiende de modo automático tan solo los valores materiales del Derecho privado sino también los valores internacionales que le son propios, como la armonía internacional de soluciones. La complejidad sistemática debe conllevar una reprivatización del Derecho internacional privado que permita hablar de un Derecho privado para supuestos internacionales y la complejidad doctrinal ha generado un enconado y hasta cierto punto estéril debate teórico, una confusión en torno a las fuentes y una interminable controversia sobre el objeto y el contenido del Derecho internacional privado. En fin, la complejidad lingüística, el sincretismo verbal y el elevado tecnicismo de esta materia son innegables pero absolutamente necesarios: “solo el jurista que emplea, maneja y domina el lengua-

je del Derecho internacional privado puede comprender el Derecho internacional privado”.

9. El apartado cuatro plantea la dicotomía entre los métodos normativos unilateral y multilateral no como métodos alternativos sino complementarios. Tras aclarar que los estatutarios nunca fueron unilateralistas y explicar la justificación del llamado “unilateralismo introverso”, el profesor Carrascosa dedica más de veinte páginas a fundamentar las bases teóricas del unilateralismo alemán -respeto de la soberanía estatal-, franco-italiano -respeto de la unidad del ordenamiento jurídico- y norteamericano -la Conflict of laws revolution-, a evaluar sus ventajas e inconvenientes, y a desglosar sus relaciones con el Derecho Público y con las leyes de policía. Pero la parte más jugosa de su construcción la constituyen las treinta páginas siguientes, donde, a partir de postulados derivados de la antropología social, concluye que el unilateralismo es un método que debe ser confinado al Derecho Público y a las leyes de policía, que cada vez con mayor frecuencia -en especial, en el entorno europeo- el legislador utiliza una “técnica unilateral” al definir el ámbito espacial de su normativa material como elemento corrector del método multilateral y lleva a cabo una defensa apasionada del multilateralismo como método general del Derecho internacional privado, defensa que, en palabras del prologuista, “llega a emocionar”: la inmensa mayoría de las normas de Derecho internacional privado europeo y español son multilaterales y ello tiene explicación tanto desde una perspectiva antropológica cuanto teleológica -es la voluntad del legislador- y social, amén de generar muchas más eficiencias que el unilateralismo, que es eminentemente proteccionista.

10. El quinto aspecto abordado en esta primera parte de la monografía es la independencia técnico-jurídica del Derecho internacional privado, que el autor justifica a partir de cuatro elementos: a) el reconocimiento de su aparato dogmático propio, b) la interpretación específica de las normas de fuente estatal, de fuente internacional y de fuente europea, interpretación que debe ser evolutiva y no estructuralista, c) la autointegración de las lagunas legales y d) la lucha contra el legeforismo simplista.

11. Especial interés despierta el sexto de los elementos que configuran la razón de ser del Derecho internacional privado como disciplina jurídica, a saber, la prioridad de los valores constitucionales

y europeos, valores que tanto las normas de Derecho internacional privado nacionales cuanto las europeas deben defender con arreglo a su propia perspectiva, con vistas a conseguir una regulación satisfactoria de las situaciones privadas internacionales. Este postulado fundamental debe conducir a la superación del carácter meramente formal del Derecho internacional privado, lo que el autor vincula a) a la crisis del Derecho liberal y la llegada de nuevos valores y del Estado intervencionista, b) a la respuesta americana a partir de la “Conflicts of Law Revolution” y c) a la respuesta europea. Esta respuesta europea, representada en el movimiento de reforma de la norma multilateral propuesta por Savigny, se lleva a cabo a partir de una pluralidad de técnicas: así, a) la correcta selección de los puntos de conexión de las normas de conflicto con respeto a los valores constitucionales, con la consiguiente eliminación de aquéllos que fueran contrarios a éstos; b) el aparato normativo destinado a preservar -a través de normas unilaterales- los objetivos sociales; c) la aplicación de una técnica multilateral que garantice que la parte fuerte de la relación no impondrá su voluntad a la parte más débil; y d) los ya mencionados procesos de especialización, flexibilización y materialización.

12. En fin, los dos últimos aspectos mencionados se refieren a la configuración de un sistema de Derecho internacional privado integrado por dos ordenamientos -el Derecho nacional de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión Europea- y la necesidad de que el experto en Derecho internacional privado sea capaz de determinar en cada momento qué normas, reglas y soluciones deben aplicarse a cada situación privada internacional, lo que el autor escenifica a partir de ejemplos extraídos de los Reglamentos Roma I y Roma II.

13. Tras exponer con detalle la dogmática del Derecho internacional privado como disciplina jurídica, el Profesor Carrascosa aborda en la segunda parte de la monografía la “Investigación del Derecho internacional privado”. Y lo hace a partir de una disyuntiva original: el Derecho internacional privado como ciencia y el Derecho internacional privado como arte.

14. Desde una perspectiva científica, el experto en Derecho internacional privado debe llegar a cabo tres tareas objetivas: primera, la sistematización de la materia, es decir, su organización,

estructuración y ordenación; segunda, su presentación “como un sistema perfecto, coherente y lógico de principios, reglas y normas que no contiene contradicciones entre sus reglas, instituciones y proposiciones”; y tercera, garantizar la solución jurídica correcta. Todo ello con vistas a proporcionar respuestas falsables, objetivas, repetibles, universales e inmutables. Se consigue así una sistematización teórica y abstracta, provista de un resultado científico, pero no necesariamente justo. Y, lo que es más grave, acaba convirtiendo al operador jurídico en un autómatas.

15. La realidad, nos cuenta el Profesor CARRASCOSA, es bien distinta: el Derecho internacional privado no es científicamente perfecto. Es por ello necesaria una segunda perspectiva, mucho más práctica, según la cual el Derecho internacional privado es “un conjunto de principios, reglas y normas cuyo objetivo radica en resolver con sabiduría y con sensatez cuestiones jurídicas de la vida real derivados de las situaciones privadas internacionales”. No se trata en modo alguno -más bien al contrario- de abominar de la dogmática jurídica sino de lograr con ello una “solución razonable”.

16. Desde esta segunda perspectiva el Derecho es más arte, tópica y retórica que ciencia. Un saber aporético -phronesis y no episteme- basado en la argumentación jurídica y en la contra-argumentación también jurídica. Ello convierte en imprescindible a la dogmática jurídica: la masa normativa y el conglomerado jurisprudencial es una amalgama desorganizada e incluso caótica y la labor del jurista, a través de la argumentación jurídica, es “inyectar en el ordenamiento jurídico el orden, el sistema y la razón”. Por ello es necesario proceder a una corrección lógica de los argumentos, a una precisión en la utilización exacta de los conceptos jurídicos, a resaltar el respeto del sistema de fuentes formales y de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, a observar los concretos métodos de interpretación del mismo y a asegurar el cumplimiento de la finalidad de las normas de Derecho internacional privado.

17. Asentado el carácter prioritario de la dogmática jurídica, el autor consagra treinta páginas -entre las más fructíferas del estudio, y que deben ser leídas con atención- a argumentar la necesaria flexibilización de la dogmática jurídica clásica incidiendo a) en la búsqueda de la *ratio legis*, es

decir, en la finura de análisis como elemento clave para la correcta resolución de problemas jurídicos, b) en la necesaria habilidad para corregir la aplicación de normas necesariamente generales a supuestos no tenidos en cuenta por el legislador y para integrar lagunas, c) en los conocidos mecanismos de flexibilización aplicables a las situaciones privadas internacionales dinámicas del siglo XX -incluyendo tanto los puntos de conexión y los criterios de competencia judicial internacional de textura abierta cuanto las cláusulas de escape y las cláusulas de excepción-, d) en la conveniencia de resolver los supuestos más complejos aplicando, si fuere necesario, un criterio interpretatio abrogans y e) en la utilización de argumentos múltiples y de argumentos compartidos con la finalidad de vencer. Esta parte segunda continúa con sendas referencias a la conveniencia de centrar las líneas de investigación en el Derecho internacional privado europeo y en la llamada “parte especial” del sistema y a reflexionar sobre el contexto de la investigación sobre el Derecho internacional privado, finalizando con lo que el autor denomina “el canon del Derecho internacional privado”, es decir, la necesidad de seleccionar la buena dogmática y la elaboración de un preciso y útil listado de obras clásicas y obras actuales que posibiliten, por este orden, la duda, el pensamiento y el razonamiento.

18. La depurada construcción de JAVIER CARRASCOSA podría quizás ampliarse, sin menoscabo de las conclusiones, a los otros sectores del sistema de Derecho internacional privado, incluyendo por tanto no solo los aspectos relativos a la ley aplicable sino también los que afectan a la localización de la sede de análisis -competencia judicial internacional-, al reconocimiento y a la ejecución de situaciones, actos jurídicos, decisiones y documentos públicos extranjeros y a la cooperación jurídica internacional. Con todo, es preciso concluir que nos encontramos ante una monografía que constituye una preciosa obra de madurez de uno de los grandes académicos españoles, obra donde desde la primera hasta la última línea se reconoce un artesonado de pensamiento coherente y un objetivo claro: demostrar que la nueva dogmática jurídica del Derecho internacional privado es un arte en la medida en que es argumentativa, aporética y volcada en la justicia de los casos concretos. Los razonamientos esgrimidos a lo largo de doscientas sesenta páginas escritas con pasión se sustentan en una doctrina sólida y congruente y todos ellos vienen acompañados de multitud de ejemplos que permiten comprender mejor las diferentes tesis expuestas, como nos tiene acostumbrados el autor, con finura, ironía y una excelente utilización del idioma castellano.

F. RAMÍREZ CABRALES (ED.). *La regulación del derecho al paso inocente de buques extranjeros que navegan por el mar territorial colombiano: propuesta normativa*. Armada de Colombia, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios (ILAE), Bogotá (Colombia), 2021, ISBN (edición electrónica) 978-958-5535-65-7 e ISBN (edición impresa) 978-958-5535-64-0, 339 pp.

CESÁREO GUTIERREZ ESPADA

Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Murcia

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Murcia

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6764>

1. Este libro es fruto del trabajo de un grupo de investigadores bajo la dirección del Capitán de Navío de la Armada Colombiana FABIÁN RAMÍREZ CABRALES. Siendo los otros cuatro integrantes del grupo los Doctores JAIME RODRIGO DE LARRUCEA, Profesor ordinario de Derecho marítimo y Seguridad marítima en la Universidad Politécnica de Cataluña (España); JOSÉ ALEJANDRO MACHADO JIMÉNEZ, Doctor y Magister en Derecho por *La Pontificia Università della Santa Croce* (2008) de Roma (Italia); CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (España); y MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (España).

La obra es resultado del proyecto denominado *La regulación del derecho al paso inocente de buques extranjeros que navegan por el mar territorial colombiano: propuesta normativa*, que se aprobó en la Convocatoria 899 de 2018 para la ejecución de proyectos I+D+i ARC 2018 en el Programa Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTel) en Seguridad y Defensa del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia.

El libro fue presentado y comentado por sus autores, el viernes 24 septiembre 2021, en la 80ª Feria del Libro de Madrid, en el pabellón del país invitado, Colombia, y en el marco de un acto, emotivo y con no poco público asistente, que contó con el apoyo de la Embajada de Colombia en España.

2. El libro se articula en cinco capítulos:

Capítulo I: antecedentes (pp. 24-54). En él, los autores abordan los fundamentos históricos y la naturaleza consuetudinaria del derecho de paso inocente.

Capítulo II: Régimen jurídico del mar territorial con respecto al derecho de paso inocente (pp. 56-135). El capítulo estudia las bases jurídicas y los aspectos multidisciplinarios del régimen jurídico del mar territorial desde la perspectiva del derecho de paso inocente.

En el Capítulo III (La condición del buque para el derecho de paso inocente, pp. 136-189), los autores relacionan la naturaleza jurídica de los buques con el derecho de paso inocente. Puede ser de interés recordar que en el anexo I (pp. 295-312), y por medio de 17 tablas, el libro da cuenta, imágenes incluidas, de la tipología de los buques más relevantes para la obra en curso.

Con el Capítulo IV (Una regulación normativa del derecho de paso inocente 34 años después de la firma del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar [la ley española de 2014], pp. 190-247), obra de los profesores CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA y MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, se aporta un punto de reflexión, basado en la práctica internacional moderna en la materia, de cara al último de los capítulos del libro.

Finalmente, el Capítulo V (Propuesta para la regulación del derecho de paso inocente en el mar territorial colombiano, pp. 248-293) culmina todo este enorme esfuerzo y ofrece un proyecto de regulación para Colombia del derecho de paso inocente, ajustado a sus intereses nacionales.

Junto al anexo I, del que ya se ha hecho mención, el libro incluye un anexo II, en el que se da cuenta, y sistematiza en tablas diversas, los instrumentos y convenios internacionales que según los abanderamiento de los buques que arriban a aguas jurisdiccionales de Colombia, resultan aplicables para la protección de la soberanía y la seguridad marítima (pp. 313-333).

3. El libro que comentamos constituye una importante aportación al Derecho del Mar. Y, como el autor del Prólogo a esta obra, el profesor del Instituto del Mar de la Universidad Federal brasileña de São Paulo, el Dr. RODRIGO FERNANDES MORE, afirma, estamos ante una obra “muy relevante para el Derecho del Mar, no solo en Colombia sino en todo los Estados”.

En él, se estudian todas las cuestiones más polémicas que el derecho de paso inocente ha generado en la práctica internacional, como la aplicación de este concepto a los buques de guerra o de Estado, la regulación, de ser así, del mismo, el juego del concepto en el caso de los buques de propulsión nuclear o que transporten sustancias peligrosas... y otros.

Y pertrechados, así con todas las armas necesarias, los autores de este libro formulan una propuesta normativa para que el Estado colombiano regule en su legislación interna el derecho de paso inocente por su mar territorial de buques extranjeros.

Una propuesta que por su importancia y ambición merece un comentario propio.

4. La “*Normativa que compone el proyecto de decreto mediante el cual el Presidente de la Republica, en uso de las facultades concedidas por el Congreso de la Republica, regula las condiciones*

de ejercicio del derecho de paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial” (artículos 1-85), que cierra el capítulo V del libro (pp. 261-290), tiene, en síntesis, la siguiente estructura:

Capítulo I. Disposiciones preliminares (artículos 1-9)

- A. Interpretación de las normas
- B. Sobre el derecho de paso inocente
- C. Sobre el ejercicio del derecho de paso inocente
- D. Suspensión del paso
- E. Normativa complementaria
- F. Responsabilidad del Estado del pabellón en caso de daño o pérdida

Capítulo II. Derechos del Estado colombiano y deberes del Gobierno nacional en su rol de Estado ribereño, facultades y responsabilidades de sus respectivos órganos en materia del paso de buques extranjeros por mar territorial (artículos 10-26)

Capítulo III. Deberes de los buques extranjeros en paso inocente (artículos 27-30)

Capítulo IV. Deberes especiales de los buques de Estado (artículos 31-48).

Capítulo V. Deberes especiales de los submarinos extranjeros (artículos 49-52).

Capítulo VI. Inmunidad de los buques de guerra y otras embarcaciones de Estado destinadas a fines no comerciales (artículo 53).

Capítulo VII. Medidas respecto a los buques extranjeros comerciales (artículo 54).

Capítulo VIII. Prohibiciones a los buques comerciales y a los buques de guerra extranjeros en aguas colombianas (artículos 56-59).

Capítulo IX. Disposiciones especiales que se aplican en los buques de guerra y a las aeronaves militares de un Estado beligerante en tiempos de paz (artículos 60-73).

Capítulo X. Obligaciones de los buques extranjeros de propulsión nuclear y de los buques que transporten sustancias peligrosas (artículos 74-77)

Capítulo XI. Derechos de buques extranjeros en paso inocente por el mar territorial colombiano (artículos 78-80).

Capítulo XII. Sobre la investigación científica Marina de buques extranjeros (artículos 81-82).

Capítulo XIII. Derechos y deberes de los operadores de puertos con respecto a los buques extranjeros en paso inocente (artículos 83-84).

Capítulo XIV. Sobre la disposición y publicación de las normas de la presente ley (artículo 85).

Anexos (pp. 294-333)

I. Tipología de buques y estadística de arribos de 2017 y 2018 (tablas 1-17)

II. Instrumentos internacionales (tablas 1-3)

5. Nos gustaría destacar, a modo de ejemplo, las disposiciones siguientes de la “Normativa” propuesta para Colombia en esta obra, “joya de la Corona”, sin duda, de la misma;

A) Los buques de Estado y otros destinados a fines no comerciales necesitan, para poder ejercer el paso inocente a través del mar territorial colombiano, notificarlo previamente, tres días antes del paso, al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por vía diplomática. La notificación incluirá los datos siguientes: nombre, clase y número oficial del buque; finalidad del paso; y ruta y hora estimada de este. Sin embargo, afirma el parágrafo que cierra el artículo:

“no se exigirá ningún permiso o notificación para un buque de guerra en dificultad grave cuando sea utilizado por el jefe de Estado de un país extranjero de visita por Colombia” (artículo 31).

Buques de Estado destinado a fines no comerciales son, según la Normativa, los navíos cuya propiedad pertenece al patrimonio público o fiscal de un Estado distinto al colombiano y cuya navegación está destinada al cumplimiento de misiones estrictamente oficiales (artículo 2, párrafo 8). Obsérvese que un buque de guerra también es un buque de Estado, en concreto, una modalidad específica de buque de Estado.

Los buques de guerra extranjeros, no obstante (con la excepción a la que alude el párrafo final del artículo 31 de la Normativa referido), no pueden, según esta, entrar en el mar territorial colombiano sin autorización previa (artículo 3):

“... ningún buque de guerra extranjero ingresará en el mar territorial de la República de Colombia sin el consentimiento previo del Gobierno nacional”.

B) Los buques de guerra se definen como todo “navío de Estado perteneciente a las fuerzas militares de su país,

con signos distintivos militares de buque de guerra, [que] se encuentra al mando de un oficial de la marina de guerra registrado en el escalafón de oficiales sometido a la disciplina militar” (artículo 2, párrafo 9).

Ya hemos comentado que la entrada en el mar territorial colombiano de un buque de guerra extranjero (con la excepción prevista en el párrafo de cierre del artículo 31) se supedita a una autorización previa del Gobierno de Colombia. Pero, además, para los buques de guerra:

“la Dirección General Marítima (DIMAR) en conjunto con las autoridades competentes reglamentarán las normas relativas a sanidad, practica, tráfico, aduanas, puertos y orden público, así como el uso del espacio electromagnético, la órbita geostacionaria, y el ciberespacio, que deben ser cumplidas por estas durante su travesía por el mar territorial, zona contigua y zona contigua integral. La Dirección General Marítima (DIMAR), de ser necesario, expedirá instrucciones específicas para estas naves, que deberán ser cumplidas para reconocer y mantener el paso inocente (artículo 33; la negrita es añadida):

- Sobre el concepto de órbita geostacionaria, vid. C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El espacio ultraterrestre y el Manual de Tallin 2.0 (La responsabilidad internacional)*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 18-19; y sobre la problemática del ciberespacio, C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Existe (ya) un Derecho aplicable a las actividades en el ciberespacio?”, en M.J. CERVELL HORTAL (Coord.), *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 225-248; ID., *La responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, pp. 15-45; ID., *De la legítima defensa en el ciberespacio*, Granada, Comares, 2020, pp. 23-36.
- La zona contigua integral se define en la Normativa propuesta (artículo 2, párrafo 21) como:

“zona contigua especial en donde los límites exteriores de las zonas contiguas de terri-

torios insulares colombianos se ajustan o amplían con el objetivo de evitar la extensión de figuras y contornos irregulares que dificulten la aplicación práctica de la administración de la seguridad, defensa y el manejo ambiental de tales territorios. La zona integral es definida mediante decreto presidencial, a partir de facultades concedidas al presidente de la República por la Constitución y la ley, incluyendo los preceptos de los decretos 1946 de 2013, 1119 de 2014, 1067 de 2015 y las normas que en adelante se establezcan para preservar y proteger los derechos que le corresponden a Colombia en aquellos espacios marítimos”.

El artículo 10, párrafo 18 de la Normativa propuesta determina también que en el contenido de los reglamentos que la Dirección General Marítima (DIMAR) expida, para precisar las condiciones del derecho de paso inocente de buques extranjeros en aguas jurisdiccionales (sean comerciales, de Estado o de guerra) no podrá dejar de considerar (...):

“La regulación sobre el uso del ciberespacio durante el ejercicio del derecho de paso inocente de buques extranjeros en aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, zona contigua e integral”

Otras dos disposiciones, más específicas, nos gustaría destacar en el contexto de la regulación de los barcos de guerra:

- La primera, referida a los submarinos (naves que, en general, son en la práctica unidades de la marina de guerra de un país). El capítulo V de la Normativa regula los “Deberes especiales de los submarinos extranjeros” (artículos 49-52), incluido el de navegar emergidos:

“En el mar territorial y las aguas interiores los submarinos extranjeros están obligados a navegar en superficie y enarbolar el pabellón de su Estado. Los submarinos extranjeros que naveguen en inmersión serán invitados a remontar a la superficie. En caso de impedimento debido a avería, tendrán la obligación de notificarlo a las autoridades marítimas colombianas por todos los medios posibles” (artículo 49).

- Y la segunda referida a los buques extranjeros de Estados beligerantes (Capítulo IX.

Disposiciones especiales que se aplican en los buques de guerra y a las aeronaves militares de un Estado beligerante en tiempos de paz, artículos 60-73). Dice así el artículo 61 de la Normativa propuesta:

“Un buque de guerra de un Estado beligerante podrá ser autorizado a navegar por el mar territorial por un periodo de veinticuatro (24) horas consecutivas. No se admitirá que un buque extranjero que haya salido del mar territorial regrese hasta que hayan transcurrido por lo menos cuarenta y ocho (48) horas. En cuanto a los submarinos o aerodeslizadores, solo les será autorizado atravesar el mar territorial de Colombia por la rutas que designe el gobierno nacional”

- C) En el capítulo II (“Derechos del Estado colombiano y deberes del Gobierno nacional en su rol de Estado ribereño, facultades y responsabilidades de sus respectivos órganos en materia del paso de buques extranjeros por mar territorial”, artículos 10-26), el artículo 11 de la Normativa faculta a la Dirección General Marítima (DIMAR) para tomar las medidas que juzgue necesarias a fin de:

“Ordenar la inmediata expulsión de los buques militares extranjeros o los buques de Estado destinados a fines no comerciales que amenacen violación a las normas del derecho colombiano en cuanto a la regulación del paso inocente por el mar territorial” (párrafo 6).

- D) El artículo 59 (capítulo VIII. “prohibiciones a los buques comerciales y a los buques extranjeros en aguas colombianas”), con referencia a todo tipo de buques (mercantes o de guerra) establece tajantemente:

“Ningún buque podrá entrar en el mar territorial, las aguas interiores o las instalaciones portuarias de Colombia si lleva a bordo armas nucleares o armas químicas prohibidas por la legislación colombiana”

- E) Y, finalmente, el capítulo X de la Normativa propuesta regula las “Obligaciones de los buques extranjeros de propulsión nuclear y de los buques que transporten sus-

tancias peligrosas” (artículos 74-77). Destacaríamos, de entre ellos, su artículo 76, en cuya virtud:

“Con respecto a los buques extranjeros de propulsión nuclear y a los buques que transportan material nuclear u otras sustancias intrínsecamente peligrosas o nocivas para la salud o el medio ambiente, el derecho de paso inocente se reserva a la obtención previa del permiso. Este permiso se hace obligatorio para todos los tipos de buques -sean o no de Estado- y a los que se puedan aplicar estas disposiciones”

6. Algunas de las exigencias de la Normativa propuesta aplicables a los buques extranjeros respecto de su derecho de paso inocente por el mar territorial colombiano (entre otras, la de notificación previa en el caso de los buques de Estado o la de autorización previa en el del buque de guerra) podrían quizás ser consideradas, a la luz de una cierta interpretación del Convenio sobre Derecho del Mar (1982), contrarias a este tratado.

Pero, y aún dejando de lado el hecho de que las disposiciones del Convenio sobre esta cuestión han sido objeto de interpretaciones no coincidentes y también el hecho de las declaraciones de ciertos Estados sobre dicha problemática, al fir-

mar y/o ratificarla, la reserva planteada se difumina y vela, como la imagen de un paradisíaco oasis sobre la arena caliente del desierto, en la medida en que Colombia ha firmado pero no ha ratificado el Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (sobre el paso inocente, en particular de los buques de guerra, según la Convención de Montego Bay y de acuerdo con la Ley española, C. GUTIERREZ ESPADA/M.J. CERVELL HORTAL, “Y para cuando el Código de la Navegación Marítima? (¿O hemos perecido en el intento?)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 36, 2020, pp. 369-393, en pp. 371-380 y 381-389.

7. A la luz de los datos que hemos destacado, el lector adivinará que este libro provocará debate y no pocas reflexiones tanto en Colombia como en muchos otros Estados, en particular en los latinoamericanos.

Y como el prologuista del libro escribe, “la responsable de esta instigación intelectual” no es otra, sin duda, que la calidad de la obra conseguida por el esfuerzo de su editor-autor y sus demás autores.

Es, éste, pues, un libro que merece ser leído y pensado. Y a ello invitamos, calurosamente, quienes las han escrito, a todos aquellos que hayan podido leer estas líneas.

FERNANDEZ LIESA, CARLOS y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, EUGENIA (directores); URBANEJA CILLAN, JORGE (coordinador). *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 569 pp.

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA*

*Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6765>

1. Este libro es fruto de la colaboración de diversos grupos de investigación preocupados por los nuevos horizontes de los derechos humanos, los objetivos de desarrollo sostenible y el papel de los actores no estatales en relación básicamente con los derechos humanos, en particular en el funcionamiento de las empresas transnacionales.

Debe destacarse, como tan generosamente reconocen los Directores del libro en su Introducción general, el liderazgo ejercido en su elaboración por el grupo de la Universidad Rey Juan Carlos (con el profesor Castor Díaz Barrado a la cabeza y su cátedra de sostenibilidad), el equipo que lidera en la Universidad de Sevilla la profesora Carmen Márquez Carrasco, o, desde la Universidad Jaume I, el profesor Zamora Cabot.

Y no puede olvidarse tampoco, los Directores del libro lo manifiestan igualmente, las aportaciones de los iusinternacionalpublicistas de la Universidad Carlos III de Madrid y Navarra (cuyos respectivos jefes de fila han Dirigido la obra), pero también de Málaga, Zaragoza y Alicante.

El trabajo llevado a cabo en el marco de los tres proyectos de investigación que los Directores del presente libro relacionan en la p. 24 de su Introducción General, ha generado como resultado la monografía que estoy comentado.

2. El libro se ha dividido en dos Partes: en la Parte I, se abordan las nuevas dimensiones del de-

sarrollo sostenible e incluye los capítulos I-IX (pp. 27-296).

La Parte II estudia la interrelación entre el concepto de desarrollo sostenible y los derechos económicos, sociales y culturales del ser humano, abarcando los capítulos X-XVII (pp. 297-569).

Si consideramos con atención los ámbitos materiales que en este libro se abordan, yo diría (mía es la responsabilidad) que estos pueden dividirse en ocho apartados (*infra* párrafos 3-10).

3. El COVID-19 (tres capítulos).

Capítulo II: Jorge Urbaneja Cillan (Universidad de Alicante), “Los fondos de la Unión Europea para financiar la recuperación tras la pandemia: su conexión con el desarrollo sostenible y la condicionalidad del Estado de Derecho” (pp. 63-101).

Capítulo III: Bárbara de la Vega y María José Álvarez Gil (Universidad Carlos III de Madrid) y María González-Páramo (London College of Fashion, University of Arts London), “Algunas reflexiones sobre la industria de la moda, la pandemia COVID-19 y los objetivos de desarrollo sostenible: la transparencia y la economía circular como condiciones necesarias” (pp. 103-123).

Y capítulo XIII: Ana Manero Salvador (Universidad Carlos III de Madrid) y Marta Sosa Navarro (Universita degli Studi di Milano-Bicocca), “Cuestiones de derecho internacional ante el COVID-19: derecho a la salud y régimen internacio-

*cgutesp@um.es

nal de protección de la propiedad intelectual: el caso de Latinoamérica“ (pp. 373-402).

4. Derechos económicos y sociales en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (cuatro capítulos).

Capítulo XII: Elena C. Díaz Galán (Universidad Rey Juan Carlos) “Derechos de contenido social y objetivos de desarrollo sostenible ODS): una relación imprescindible” (pp. 351-371).

Capítulo XV: María Isabel Torres Cazorla (Universidad Autónoma de Madrid), “El derecho a la educación y el ODS 4 en tiempos de pandemia: oportunidad para aprender o acrecentamiento de las desigualdades?” (pp. 403-428).

Capítulo XVI: Antonio Pastor Palomar (Universidad Rey Juan Carlos), “La educación inclusiva para personas con discapacidad. Tiene España un sistema educativo discriminatorio y segregador?” (pp. 429-466).

Capítulo XVIII: Sagrario Morán Blanco y Castor Miguel Díaz Barrado (Universidad Rey Juan Carlos), “Las ciudades en los ODS y los derechos humanos. Especial análisis del derecho a la vivienda” (pp. 505-537)

5. La perspectiva de Género en la Agenda (dos capítulos)

Capítulo VII: Monserrat Huguet (Universidad Carlos III de Madrid), “En las trincheras de la naturaleza: ambientalismos y mujeres en la sociedades contemporáneas” (pp. 211-247).

Capítulo XVII: Diana M. Verdiales López (Universidad Rey Juan Carlos), “Los derechos humanos con perspectiva de género en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” (pp. 467-504)

6. La Agenda y las Empresas y los Derechos Humanos (tres capítulos).

Capítulo V: María Chiara Marullo y Francisco Javier Zamora Cabot (Universidad Jaume I), Claire Bright (*Nova School of Law*, Lisboa), “El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del objetivo de desarrollo sostenible número 16” (pp. 161-185).

Capítulo X: Carmen Márquez Carrasco (Universidad de Sevilla), “La Agenda 2030 y la Agenda sobre empresas y derechos humanos: entre la complementariedad y la equidistancia (*harán la travesía juntas o solo serán dos barcos que se cruzan en la noche?*)” (pp. 299-324)

Capítulo XI, Laura García Martín (Universi-

dad de Sevilla), “La Agenda 2030 y los derechos económicos, sociales y culturales: desafíos y oportunidades para el ámbito de empresas y derechos humanos” (pp. 325-349)

7. Sobre la Agenda 2030 y el medio ambiente: (dos capítulos).

Capítulo VI: Yolanda Gamarra Chopo (Universidad de Zaragoza), “Derechos humanos e inversiones: economías extractivas, conflictos ambientales y justicia social en Latinoamérica” (pp. 187-210).

Capítulo IX: Monserrat Abad Castelos (Universidad Carlos III de Madrid), “Transformar la relación con la naturaleza exige optimizar la herramienta del derecho internacional” (pp. 269-296).

8. Derechos de los pueblos indígenas: (un capítulo).

Capítulo VIII: Deborah Presta Novello (Universidad Pontificia de Comillas), “La Agenda 2030 en América Latina y el Caribe: especial referencia a los derechos de los pueblos indígenas” (pp. 249-268).

9. Agenda 2030/Pacto de Marrakech: migraciones y derechos humanos: (un capítulo)

Capítulo IV: Félix Vacas Fernández (Universidad Carlos III de Madrid), “La Agenda 2030 y el Pacto de Marrakech: la plasmación programática de la imprescindible relación entre migración y desarrollo” (pp. 125-159).

10. Financiación Agenda 2030: (un capítulo).

Capítulo I: Eugenia López-Jacoiste Díaz (Universidad de Navarra), “La financiación de la Agenda 2030” (pp. 27-61).

11. En este libro se estudian no pocos temas que, sin seguir ningún orden determinado, son:

- Pandemia.
- Medio ambiente
- Migración.
- Los derechos humanos en el marco de las empresas transnacionales.
- Los Pueblos indígenas.
- Perspectiva de género.
- El derecho a la educación.
- El derecho a la vivienda.
- ¿Cómo financiar la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible?
- América Latina y el desarrollo sostenible.

¿Puede negar alguien que estamos ante temas importantes, de actualidad y del futuro más próximo...? Además, se estudian, en conjunto, con cuidado y rigor expositivo.

Naturalmente, el resultado de la investigación en todos ellos no es idéntico. Ni en minuciosidad, ni en precisión ni en enfoque crítico. Resulta inevitable en un libro colectivo alimentado por tres proyectos de investigación.

También es cierto que el lector, todo lector, tiene sus preferencias personales (sobre el estilo, el método o la naturaleza del tema tratado). El autor de estas líneas (cárguese sobre sus hombros todo el peso de la responsabilidad) se queda (porque le han provocado más reacciones o le han sugerido más “cosas”...) con cuatro de estos estudios

A) Capítulo I. Financiación

La Agenda 2030 adoptó 17 objetivos de desarrollo sostenible y 167 metas conexos, que entraron en vigor el 1 de enero de 2016 y han guiado y guiarán las decisiones en el tema de los miembros de la Asamblea general durante los próximos 15 años (Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, A/RES/70/1, de 25 de septiembre de 2015, párrafos 18 y 21). Objetivos y metas serán objeto “de un proceso sistemático de seguimiento y examen en los distintos niveles” (párrafo 47). Comentaba yo, como coautor del libro en 2017, como

“La Agenda 2030 quiere ser un documento con un alcance e importancia sin precedentes: todos los Estados del mundo la han aceptado; sus objetivos y metas son universales, esto es, afectan al mundo entero, tanto a los países desarrollados como en desarrollo (párrafo 5)”

Y me preguntaba si:

“... sería realmente posible lograrlo todo” (Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal, *El Derecho Internacional en la Encrucijada*, Trotta, Madrid, 2017 [4ª edición], capítulo I, párrafo 7, letra C, p. 26)

Resulta clave, entonces, saber si y cómo será posible hacer frente a los costos que la puesta en marcha y ejecución de los ODS implicarán

Se trata de una cuestión principalísima y previa.

Que la autora del capítulo, y codirectora de este ambicioso libro, desbroza y aclara con mano firme y el pulso adecuado.

B) Capítulo X: “La Agenda 2030 y la Agenda sobre empresas y derechos humanos: (...)”

Desde la creación de Naciones Unidas, las empresas multinacionales o transnacionales se han incluido en algunas de sus esferas de actuación:

- La Declaración del Milenio recogía la necesidad de establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza (A/55/2, párrafo 20).
- Y también especial preocupación ha suscitado su respeto de los derechos humanos: en el seno del comité de derechos humanos de Naciones Unidas se han adoptado mecanismos sugeridos por el relator especial J., Basados en tres pilares: uno el Estado debe proteger los derechos humanos de abusos de terceros, como las empresas multinacionales, mediante la política, la reglas y los procedimientos administrativos y judiciales adecuados; dos, las empresas multinacionales deberían actuar con la debida diligencia para evitar la vulneración de los derechos humanos; y tres, es preciso garantizar a las víctimas el acceso a remedios efectivos tanto judiciales como no judiciales (A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, párrafo 4; A/HCR/RES/17/4, 16 junio 2011, párrafo 2)
- Por su parte, la agenda 2030 para el desarrollo sostenible 2015 alienta de manera especial a las grandes empresas adoptar prácticas sostenibles (objetivo 12, punto 6).

Al no tener ninguno de esos acuerdos naturaleza vinculante, el principal problema de este tipo de empresas continúa así no es un regulación jurídica a nivel internacional y, sobre todo, su control, carencias que en épocas de crisis como la que actualmente vivido ponen aún más de manifiesto.

El Capítulo X de este libro aborda con rigor estas cuestiones y se pregunta si las dos Agendas (la del Desarrollo Sostenible de 2015 y *Los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica para ‘proteger, respetar y remediar’* [HR/PUB/11/04, 2011, Naciones Unidas, pp. 1-50¹) podrán hacer “la travesía

¹ El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo suyos los Principios en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

juntas o solo serán dos barcos que se cruzan en la noche?”, ¿Se puede expresar mejor la importancia y dificultad del tema? (véase también Adriana Ciriza y Mikel Berraondo, “Empresas y Derechos Humanos: ¿agendas equidistantes o complementarias?”, *El País*, 24 de marzo de 2021).

C) Capítulo II: “Los fondos de la Unión Europea para financiar la recuperación tras la pandemia (...)”

Si el tema es de enorme importancia y actualidad (en particular para España, inmersa en una crisis política, económica y social de primer orden, como la que vivimos), el autor del capítulo realiza ambas con su enfoque de la cuestión: no solo estudiando la interrelación entre los Fondos y el desarrollo sostenible sino, además (y con particular oportunidad a mi juicio), la interrelación entre esos Fondos y el Estado de Derecho, dada la situación por la que este pasa en (algunos especialmente) Estados miembros de la Unión.

D) Capítulo IV: “La Agenda 2030 y el Pacto de Marrakech (...)”

Desarrollo y Migración. Un binomio clave en nuestros días, en los que vivimos en el contexto de una convulsa relación de España con su inevitable vecino, Marruecos y, por si no fuera suficiente sal para una herida abierta, de una peligrosa deriva de las relaciones entre Marruecos y Argelia, con el problema, amargo estrambote, del flujo del gas por gaseoductos ahora vacíos...

Y me ha llamado, finalmente, la atención, más allá de los Cuatro, ese “glamuroso” estudio (perdónese la expresión) que nos cuenta (Capítulo III) “Algunas reflexiones sobre la industria de la moda, la pandemia COVID-19 y los objetivos de desarrollo sostenible”. Lo que nos permite vislumbrar que esta nueva peste que nuestro Mundo está sufriendo se desliza, sutil y sinuosa, hasta los rincones más delicados de nuestro tejido económico y social.

12. Finalmente, el libro se cierra con un texto final que se ha calificado de epílogo por ir en último lugar posiblemente, porque el texto en cuestión (*Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*), no es la “recapitulación de lo dicho en un discurso o en otra composición literaria”, ni tampoco la última parte de una obra, en la que se refieren hechos posteriores a los recogidos en ella o reflexiones relacionadas con su tema central”; es decir, no es, en rigor de verdad, un epílogo.

Y, sin embargo, en él el profesor Romualdo Bermejo García traza con mano maestra lo que va de Donald a Joe, esto es, nos cuenta en un interesantísimo relato *the future trending topics* de la política exterior de los Estados Unidos, una vez que el empresario se ha ido y el político octogenario de tanto años ha llegado.

Más que “epílogo”, diría yo, imaginario “prólogo”, quizás, de un tema distinto al del Libro que cierra y que abriría, en esta ocasión, las páginas de otro no menos interesante.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.). *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2021, ISBN: 978-84-1345-495-5

CARLOS MOREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6766>

1. La existencia de un sistema propio de Derecho internacional privado en la Unión Europea constituye un hito savignyano. El insigne jurista prusiano imaginó un Derecho internacional privado occidental, único para todos los países, edificado sobre valores y principios comunes a tales naciones. Pues bien, desde que se puso en marcha la europeización del Derecho internacional privado, dicho sistema europeo ya existe y se aplica todos los días en la Unión Europea. Ahora bien, la ley es sólo el principio. Esa ley hay que interpretarla para aplicarla con sentido de la Justicia. Por ello, esta obra, -dirigida por estos dos auténticos templieros del Derecho internacional privado europeo y español, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, ambos maestros y Catedráticos de Derecho internacional privado, resulta profundamente necesaria para el conocimiento del Derecho Europeo, naturalmente adecuada para la práctica del Derecho y muy oportuna para la reflexión jurídica. La Ley es un elemento incompleto del Derecho, un inicio, porque el que completa la obra es el tribunal que aplica la Ley. Los tribunales definen los contornos de la norma jurídica y proporcionan a ésta su efecto útil y veraz. Por ello puede afirmarse, de la mano de los interesantes estudios reflexivos de PAUL WATZLAWICK, que la realidad es la Ley. Lo real es la jurisprudencia que otorga el verdadero sentido a la Ley.

2. Esta obra contiene 22 contribuciones diferentes sobre el papel y la labor que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desplegado en su función de intérprete supremo del Derecho Europeo. Arranca de manera decidida el texto con las

reflexiones y meditaciones prácticas de los directores sobre la llamada “jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” relativa al Reglamento Bruselas I-bis, que es el Reglamento madre de todo el Derecho internacional privado europeo. Penetra así el lector, en el presuntamente immaculado mundo de los conceptos, las nociones y las instituciones jurídicas. Demuestran, sin embargo, los directores de esta obra, que las normas jurídicas y sus conceptos son expresión de los valores europeos y que, por tanto, no son ni neutrales ni puros. Reflejan el modo de construir, con buena dogmática jurídica, un entramado de reglas legales al servicio de los ideales europeos.

3. El libro aborda de manera libre una serie de *topics* de extraordinario interés. El Derecho internacional privado, como disciplina jurídica y sector del Derecho ha crecido gracias al Tribunal de Justicia. Lo demuestra ISABEL LORENTE MARTÍNEZ al explorar el mundo de los contratos internacionales, así como LAURA GARCÍA ÁLVAREZ cuando examina las obligaciones extracontractuales. La obra presenta el acierto de la diversidad. Junto a temas más generales, el lector encontrará reflexiones sobre aspectos concretos de Derecho internacional privado de máximo interés. Es el caso de sobresaliente análisis de ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT en relación con la sumisión expresa y tácita de las partes, el caso de los foros exclusivos, estu- pendamente expuestos por MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS, así como el mundo de los contratos de consumidores y trabajo, tratado con rigor por JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL y UNAI BELINTXON MARTÍN.

No se olvida esta obra del hecho de el Reglamento Bruselas I-bis nació como un instrumento para lograr la quinta libertad europea, esa libre circulación de decisiones entre los Estados miembros, como demuestran LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN y ADA LUCÍA MARISCAL GONZÁLEZ.

Tampoco es ajena la obra a las expediciones que el Derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal ha organizado en el mundo siempre sensible del Derecho de familia internacional. Así puede verse en el magnífico trabajo de MARÍA JOSÉ CASTELLANOS relativo a los litigios sobre divorcio, en el interesante texto que trata los litigios sobre menores, debido a MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO, así como en las muy sugerentes reflexiones sobre el Reglamento Roma III, escritas por PILAR JUÁREZ PÉREZ, y en el tratamiento del derecho de alimentos, del que son autores ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ. El derecho al nombre de las personas físicas es también abordado, en esta línea, con interesantes propuestas, por ANTONIA DURÁN AYAGO y los esfuerzos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el Reglamento sucesorio europeo son tratadas con matices muy evocadores por ALFONSO YBARRA BORES.

4. Una buena parte del libro se dedica al Derecho patrimonial, como ya se ha destacado. Sin embargo, en este escenario, merece la pena subrayar la profundidad del análisis relativo a los contratos internacionales, debido a LUIS FRANCISCO CARRILLO POZO, el certero y atinado examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Reglamento Roma II, del que es responsable ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ y las finas y bien pulidas consideraciones sobre la labor del Tribunal en relación con el Reglamento europeo de insolvencia, magníficamente expuestas por ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ. No debe olvidarse el muy ponderado estudio de ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las sociedades de capital, pues se trata de un campo huérfano de regulación legal. Allí la juris-

prudencia del Tribunal se siente libre como una amapola en primavera, que nace dónde y cuándo le parece, pero cuando lo hace, ofrece al lector un modo de razonar extraordinariamente fecundo.

5. La parte procesal tiene su cuota importante en esta obra. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los reglamentos sobre notificación y pruebas es estudiada con profundidad y tonalidades variadas por MARINA VARGAS URRUTIA. La tutela ejecutiva y cautelar del crédito transfronterizo es examinada en dos trabajos por ISABEL ANTÓN JUÁREZ para no dejar detalle fuera del análisis y bien que lo consigue.

6. El estudio dedicado a la reagrupación familiar hace que el lector encuentre sugestivos aspectos de Derecho extranjería vinculados de manera inescindible al Derecho internacional privado, como muy bien exponen ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ y LERDYS SARAY HEREDIA SÁNCHEZ. Se cierra la obra con el estupendo análisis sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la libre circulación de abogados en la Unión Europea, del que es autora JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO.

7. En definitiva, sea muy bienvenida esta obra sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Derecho internacional privado. Una obra que reúne agudas contribuciones, todas ellas muy bien escritas y magníficamente desarrolladas. La obra, así, se presenta como un ramo de rosas blancas cuyos pétalos tienen matices rosados. Pero atención, que los matices sólo los perciben los juristas finos, los juristas que detectan los detalles. Todos autores y los dos directores de la obra han tenido el acierto de mostrar a los lectores la importancia de la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el universo del Derecho internacional privado. Altamente recomendable, esta obra publicada por la Editorial Aranzadi, constituye un elemento de primer orden para la reflexión jurídica y para la práctica del Derecho en el siglo XXI.

DAVID CARRIZO AGUADO / LAURA GARCÍA ÁLVAREZ (Coords.). *Derecho Internacional privado: casos prácticos resueltos y razonados*. Dykinson, Madrid. 2021.
ISBN: 978-84-1377-703-0

GUILLERMO PALAO MORENO
Catedrático de Derecho Internacional privado
Universidad de Valencia

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6767>

1. El Derecho Internacional privado, en tanto que asignatura impartida en nuestras Universidades, cuenta en España con una sólida tradición manualística y, desde hace décadas, también relativa a la elaboración de libros de casos prácticos. En este sentido y como acertadamente señala el Prof. Rodríguez Benot, en su atinado Prólogo a esta obra, no cabe duda de que esta disciplina constituye un auténtico “Derecho de casos”, explicando el especial interés que siempre ha despertado en la doctrina el análisis de la práctica. Un hecho incontestable que, desde una perspectiva docente, ha justificado plenamente la tradicional enseñanza del Derecho Internacional privado con apoyo y a través de supuestos prácticos, por medio de los que presentar al alumnado la efectiva aplicación del sistema normativo expuesto en las clases. Más aún cuando el alumnado se enfrenta a un sector del ordenamiento jurídico caracterizado por su complejidad y por verse sometido a un desafío totalmente novedoso en los últimos cursos de sus estudios en Derecho, similar a la que supondría pasar de jugar con un ajedrez tradicional a otro tridimensional. Un empeño editorial en el que subyace una encomiable vocación docente y un singular empeño didáctico, al que se han enfrentado con solvencia los numerosos libros de caso prácticos que se han ido elaborando desde nuestras Facultades de Derecho. Los cuales, como es lógico, no han permanecido estáticos en su estructura, contenidos y formato, sino que han ido evolucionando al albur de las diversas modificaciones los planes de estudio.

2. Pues bien, en este contexto y coincidiendo en empeño y objetivos, el libro de casos prácticos coor-

dinador por los Profesores David Carrizo Aguado y Laura García Álvarez (de las Universidades de León y Pablo de Olavide, respectivamente) entronca con esta vívida y sana tradición, respondiendo asimismo a los nuevos retos que implica la docencia del Derecho Internacional privado en los actuales Grados, en el contexto del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Por lo que, ya con carácter previo, se trata de un material docente que ha de ser muy bienvenido. En este sentido, son diversos los elementos que caracterizan esta obra colectiva y que merecen ser reseñados por sus indudables bondades. Los cuales se centran principalmente en su oportunidad, su acertada estructura y metodología, amén de las características del equipo humano que ha elaborado esta completa obra colectiva.

3. Para empezar, como corresponde al momento de su publicación, nos encontramos ante un material plenamente adaptado a la docencia impartida en los actuales planes de estudios en los que imparte esta asignatura y que responde a las exigencias de la innovación educativa que exige el tan contestado “Plan Bolonia”. Como consecuencia de ello, resulta altamente aconsejable el empleo de este libro de casos prácticos como herramienta docente (junto a cualquiera de los diversos manuales de Derecho Internacional privado que el mercado ya ofrece) para la enseñanza de esta asignatura en los distintos Grados (y dobles Grados) en los que actualmente se imparte en nuestra geografía. En este sentido, cumple plenamente con sus objetivos marcados, resultando además muy oportuna su edición en estos momentos de pandemia y coincidiendo con la docencia virtual o híbrida.

4. Asimismo, por lo que hace a su estructura y a su contenido, destaca por su lógica y por su plena adaptación al fin perseguido. En este sentido, a lo largo de sus distintos “bloques” (hasta V), el libro cubre todos los temas habitualmente expuestos en las guías docentes de la asignatura Derecho Internacional privado, correspondientes a su usualmente conocida como parte especial. Unos bloques que, a su vez, se despliegan en un destacado y equilibrado número de “supuestos” prácticos (36 en total) sobre temáticas distintas (incluso al respecto de la misma materia) que ofrecen un muy amplio margen de elección al docente. En este sentido, el bloque I se dedica al estatuto personal, contando con tres supuestos; el II al estatuto familiar, desplegado en las materias matrimonial, filiación y protección de menores, así como alimentos (conteniendo cinco supuestos para cada una); el bloque III se centra en el estatuto sucesorio, nuevamente con cinco supuestos; el IV al estatuto obligacional, con 6 supuestos; finalizando con un bloque V dedicado al estatuto real con 2 supuestos.

Los supuestos prácticos se acompañan, a su vez y en una segunda parte del libro, de las “soluciones” a cada uno de ellos, sirviendo igualmente al alumno para apoyar su trabajo personal, así como para favorecer la ampliación de sus estudios (a modo de ejercicios de auto-corrección).

5. Junto a ello y por lo que hace a los aspectos metodológicos, por un lado, sobresale la propia selección y la exposición de los supuestos y el planteamiento de las cuestiones que les acompañan. En relación con ello, se debe aplaudir la gran variedad de las casuísticas, seleccionadas, claramente por razón de su relevancia y vigencia, la concisión de las exposiciones fácticas y la claridad de las cuestiones planteadas, por medio de las que se tiende a cubrir todos los sectores propios del Derecho Internacional privado. Una adecuada selección de temas, de supuestos y de preguntas que pone de manifiesto el extraordinario valor de la coordinación (que se destila en todas y cada una de las aportaciones), así como el extraordinario esfuerzo realizado por los autores para actuar de forma armónica y centrada en garantizar una obra homogénea en cada uno de sus bloques. Algo que, sin duda alguna, aporta un gran valor al resultado alcanzado y que resulta relevante destacar en una obra coral y escritas desde distintas procedencias

geográficas, con sus peculiaridades de aproximación a la docencia.

Por otro lado, lo mismo podría subrayarse con respecto al solucionario, al destacar por ofrecer unas respuestas caracterizadas por su corrección y por la claridad de la argumentación empleada, enriquecidas además por las destacadas referencias jurisprudenciales que les acompañan, por medio del que no sólo se guía sino que también sirve para animar al alumno a seguir trabajando y profundizando en cada uno de los ámbitos tratados en clase.

6. Posee también un singular relieve el excelente y plural equipo humano que se encuentra detrás de esta valiosa obra, imprescindible para la enseñanza del Derecho Internacional privado en la actualidad. Así junto a los coordinadores (los antes mencionados Profesores David Carrizo Aguado y Laura García Álvarez), cabe hacer mención de la participación en la misma de los Profesores M^a del Carmen Chéliz Inglés (Universidad de Zaragoza), Antonio Merchán Murillo (Universidad Pablo de Olavide), Lucas A. Pérez Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y Pablo Quinzá redondo (Universitat de València). Así las cosas, junto a la sabia batuta de los primeros, a todos ellos les une un alto nivel de profesionalidad, de vocación y de experiencia docente, así como una cercanía generacional que facilita su alto grado de coordinación y trabajo en equipo. Una sintonía que se advierte en el cuidado de la obra en sus aspectos formales y de contenido, la gran homogeneidad y la riqueza de sus aportaciones, así como en su alto compromiso universitarios para con sus alumnos, al enfrentarse a este reto que superan con una nota sobresaliente. Destacando igualmente el hecho de que se hayan visto unidos sus esfuerzos desde de una estimable diversidad de Universidades públicas españolas. Algo que pone de manifiesto la valía y adaptabilidad de esta obra como herramienta docente en los distintos sistemas universitarios de las diferentes Comunidades Autónomas.

En resumen, y por todo lo expuesto anteriormente, nos encontramos ante un muy relevante libro de casos prácticos, plenamente a la altura de sus precedentes en nuestra disciplina, que está llamado a constituir una obra imprescindible para la enseñanza del Derecho Internacional privado en el actual contexto del EEES.

PILAR JIMÉNEZ BLANCO, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ (Dir.) *Nuevos escenarios del Derecho Internacional Privado de la contratación*. Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021, 708 pp. ISBN 978-84-1378-713-8

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6768>

1. El derecho de la contratación internacional se adentrará en los próximos años en un mundo que en parte es conocido y en parte desconocido. Con unas bases sólidas de la contratación internacional asentadas las normas conocidas y en los trabajos clásicos que estudian el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y Reglamentos europeos Bruselas I bis y Roma I, la aparición de nuevas formas de contratos potenciados por el empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación y la inteligencia artificial, provocarán en el futuro posibles modificaciones legislativas y el sosegado análisis de las mismas. No estamos hablando únicamente de la aplicación y adaptación de los clásicos criterios de concreción de la Competencia judicial internacional para conocer el lugar de localización del contrato o de la aplicación de la ley de un determinado Estado en el que se proteja a la parte más débil, consumidores y trabajadores en los contratos celebrados en la economía colaborativa. Hablamos también de la solución de los problemas de Derecho internacional privado en contratos celebrados mediante cadena de bloques de forma automatizada sin localización de la residencia de la entidad contratante ni manifestación expresa de la voluntad contractual de ambas partes contratantes.

2. Varios de estos aspectos asoman en el libro que hemos tenemos el placer de recensionar y que recoge las ponencias y comunicaciones presenta-

das en el V Seminario de Derecho internacional privado de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) previsto celebrarse en la Universidad de Oviedo presencialmente bajo la dirección de los profesores Pilar Jiménez Blanco y Ángel Espiniella Menéndez justo el 19 de junio de 2020, día del cuarenta aniversario de la firma del Convenio de Roma. La pandemia provocó el cambio de formato y de fecha y el seminario se celebró el 24 de septiembre de 2020 de manera virtual y vio la luz en forma de libro en 2021.

3. El libro, siendo diverso, está equilibrado y logra una armonía global de contenidos sin perder la heterogeneidad de toda obra similar. Dividido en cuatro bloques, el primero de ellos aporta una visión general del estudio clásico de los dos instrumentos jurídicos europeos por antonomasia en la contratación internacional, Bruselas I bis y Roma I en los que se analiza su visión práctica actual y concretos problemas que plantean en una ponencia y tres comunicaciones. Sigue el segundo bloque compuesto por tres ponencias y dos comunicaciones planteando los problemas aspectos geopolíticos y geográficos prácticos más señalados en la actualidad, cómo no, el Brexit, la polémica reactivación de la Ley Helms Burton por la Administración Trump, y la pluralidad normativa española con el derecho interregional. El tercer bloque se adentra en la aplicación de los criterios clásicos a la con-

tratación en la economía colaborativa de las plataformas digitales y los problemas que presentan los modelos *low cost* y los trabajadores desplazados con tres ponencias y dos comunicaciones. El último bloque afronta aquello que no podía faltar en una obra actual sobre la contratación internacional, y en dos ponencias y dos comunicaciones analiza las soluciones que el Derecho internacional privado aporta a los *Smart Contracts* o a los contratos realizados por cadenas de bloques o con tecnología *Blockchain*. Tal y como señalan los autores parafraseando a Benedetti en el prólogo de la obra, ¿pueden las antiguas respuestas ya aprendidas resolver las nuevas preguntas que nos plantea la contratación internacional y que nos acaban de cambiar?

4. Entrando en el análisis de las reflexiones concretas de los trabajos, en el ámbito del escenario general del Convenio de Roma en su 40 aniversario, el Profesor M. A. Artola Fernández, desde su privilegiada atalaya de Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares y miembro de la Red Judicial Europea estudia la práctica jurisdiccional de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, con especial atención a este último. Expone cuál es la realidad actual de nuestros Tribunales en la interpretación y prueba de la voluntad de las partes en el marco de su autonomía para fijar la ley aplicable y a la interpretación de las cláusulas de los vínculos más estrechos y de la prestación característica del contrato. El autor destaca que la jurisprudencia española se ha adaptado correctamente a los conceptos autónomos del Reglamento y su concepción amplia de la “materia contractual”. También expone la aplicación habitual del Reglamento Roma I en los procedimientos sobre contratación internacional resueltos en España, que ha desplazado sin lugar a dudas a la norma interna, el Código Civil, por su aplicación universal. En tal coyuntura expone determinados supuestos en los que en especial nuestros tribunales han debido interpretar el criterio del vínculo más estrecho y la prestación características para concretar la ley aplicable a los contratos internacionales, siendo favorable su opinión sobre los resultados prácticos que dicha aplicación ha realizado nuestra Jurisprudencia.

5. En la primera de las comunicaciones del primer bloque, el Profesor G. Palao Moreno analiza la problemática que en la actualidad presentan los contratados de transferencia de tecnología, des-

tañando el papel que para la correcta aplicación de las normas de competencia y ley aplicable han jugado la armonización y autorregulación a través de los códigos de conducta y la estandarización, dada la falta de eficacia de la acción codificadora institucional previa. El autor es favorable al valor de las iniciativas generadas desde el mundo empresarial como los de la Cámara de Comercio Internacional, entre otros, y apuesta por la utilidad de esta autorregulación para la conformación de una contratación internacional de transferencia de tecnología que garantice la flexibilidad y voluntariedad a las partes cumpliendo los esenciales aspectos éticos. El Profesor U. Belitxon Martín expone las razones de la conveniencia de que el transporte de cabotaje se califique como transporte internacional para la determinación de la ley aplicable y se le aplique el Reglamento Roma I, lo que facilitaría la aplicación armónica del Derecho europeo del transporte a una actividad que tiene una gran trascendencia en el ejercicio de la libertad de circulación y movimiento de las personas y en el desarrollo económico de los Estados miembros. Con ello se salvaría la anacrónica calificación de los tres tipos de transporte, nacional, de cabotaje e internacional, que provoca que al segundo no se le apliquen en la actualidad las normas unimodales internacionales aplicables al transporte internacional. Finaliza el primer bloque con la comunicación de la Profesora M. D. Martínez Melón en la que a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo mercantil de Santander de 30 de septiembre de 2019 en el caso *DelFuego Bookin S. L. y David Guetta*, expone las dificultades que provoca la aplicación de la cláusula arbitral internacional de un contrato en situaciones de insolvencia empresarial, dada la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación de Bruselas I bis y la necesidad de resolución del conflicto aplicando el actual Reglamento de insolvencia 2015/848. En cuanto a ley aplicable al arbitraje en una situación concursal la autora destaca y valora positivamente el contenido del artículo 18 del Reglamento, por el cual si el arbitraje si inicia antes de la declaración de concurso se aplica la *lex loci arbitri*, pero si se inicia después del procedimiento de insolvencia se aplica la *lex fori concursus*. También destaca la trascendencia de diferenciar entre la suspensión de los efectos de la cláusula y la invalidez el convenio y sus consecuencias, así como su relación con el perjuicio para la tramitación del concurso del artículo 52.1 de la Ley concursal española, lo que considera que no ha hecho correctamente la resolución analizada.

6. El segundo bloque del trabajo nos adentra en los problemas prácticos geográficos y geoestratégicos que se han planteado en los últimos años en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales internacionales e internas. En la primera ponencia, centrada en su aplicación tras el Brexit, el Profesor M. Penadés Fons, analiza las opciones abiertas ante los británicos; reactivar la *Contract Act* de 1990 que básicamente suponía aplicar el Convenio de Roma; suscribir un nuevo acuerdo con la UE sobre cooperación civil internacional; por último, la finalmente adoptada, seguir aplicando en el futuro el Reglamento Roma I y II adaptados, tras la aprobación de la *European Union Act* el 28 de junio de 2018. El autor analiza las adaptaciones y excepciones que se han aprobado en la norma, especialmente en el importante ámbito arbitral para el Reino Unido, si bien expone claramente su opinión favorable a la solución finalmente aprobada por el Reino Unido. El Profesor I. Heredia Cervantes analiza si, tras la activación de Ley Helms-Burton por la Administración Trump, sería posible demandar en España a particulares por los daños derivados de la nacionalización de bienes en Cuba. Para ello emplea el caso Santa Lucía L.C. contra Meliá Hotels International S.A. y en él se muestra favorable al empleo del argumento de la inmunidad de jurisdicción a pesar de no haber sido demandado el Estado cubano y se muestra a favor de la declaración de incompetencia del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, por serlo en exclusiva los Tribunales cubanos al estar ante una acción real del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis y porque el Tribunal español no puede negar la eficacia a los actos soberanos cometidos por Estados extranjeros. La última de las ponencias pone a prueba el sistema interregional y su actual incapacidad para resolver los conflictos internos de leyes en materia de obligaciones contractuales. En ella, el Profesor A. Font i Segura expone, a través de interesantes casos prácticos expuestos en distintas hipótesis, los problemas para determinar la ley aplicable en la articulación entre los sistemas estatal y regional (en especial el catalán) por la aplicación de un poco actualizado artículo 10.5 del Código Civil. Si bien defiende la interrelación entre el sistema español y el Reglamento Roma I para la resolución de estos conflictos, analiza específicamente los problemas que plantea el actual 10.5. Finaliza su trabajo abogando por la aprobación de una Ley de Derecho interregional que resuel-

va los problemas de aplicación que la pluralidad normativa provoca en la aplicación de regulación internacional a la contratación interna, en especial para aclarar la relación entre ambos sistemas en la cláusula de elección de ley y la protección de consumidores. El autor propone reflexionar sobre las diferentes soluciones que debe aportar la futura norma respecto a las de los actuales instrumentos internacionales, que supondrían a la postre una menor heterogeneidad entre las normas internas y las internacionales.

7. En el apartado de comunicaciones del segundo bloque, la profesora C. Parra Rodríguez analiza el alcance de las normas imperativas del Reglamento Roma I en el ámbito laboral. Estudia tanto las leyes de policía del artículo 9.1 y su protección de instituciones propias del derecho público, como las leyes de aplicación inmediata y su protección de las normas de derecho privado, a las que vincula las normas laborales, como son el salario mínimo, el trabajo temporal, las vacaciones o la regulación de las bajas laborales entre otras. Por ello defiende que estas normas laborales se protegen en el ámbito de su artículo 8.1 y no en el del 9.3 que regularía las normas de derecho público. Finalmente reflexiona con acierto sobre cómo el juez español podrá actuar con menos limitaciones cuando analiza una norma de un tercer Estado que cuando analiza una de un Estado miembro, toda vez que en este caso está más condicionado por el Derecho europeo. En la segunda de las comunicaciones la Profesora A. Hernández Rodríguez, en un oportuno complemento al trabajo del profesor Heredia, analiza los efectos colaterales de la Ley Helms-Burton en relación con el caso Meilá Hoteles, y los centra en la perversión de la naturaleza de las normas de Derecho internacional privado empleadas para asentar una determinada política exterior pública, la vulneración del orden público español por la expropiación pretendida, y la incógnita que provoca la reconducción del asunto de la reivindicación del bien expropiado y por tanto la aplicación del artículo 24.1 del Reglamento y su falta de competencia, a la reclamación por enriquecimiento injusto. Del trabajo debemos destacar finalmente que, contrariamente al Profesor Heredia, y aplaudiendo la resolución de la Audiencia Provincial del Palma de Mallorca de 18 de marzo de 2020, la profesora Hernández opina que la inmunidad de jurisdicción no podía aplicarse al supuesto.

8. Nos adentramos poco a poco en la contratación digital en el tercer bloque en el que en la primera ponencia el Profesor P. De Miguel Asensio nos sitúa de manera transversal ante la variedad de aspectos que la actividad de las plataformas digitales provoca en su actividad transfronteriza. La falta de normas específicas de cooperación judicial internacional que regulen estos supuestos y los efectos de la concepción estricta de consumidor del TJUE exigen un análisis casuístico para la resolución de los supuestos conflictivos. Los citamos todos con detalle por su importancia en la configuración general del volumen. El Reglamento 2019/1150 regula la actividad y tutela de los usuarios profesionales de las plataformas en lo que afecte al territorio de la Unión y exige una lectura correcta y en detalle de los complejos asuntos de competencia desleal. Las plataformas deben cumplir lo contenido en el Reglamento General de Protección de Datos en su actividad dirigida al territorio de la Unión. También analiza la modificación de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual que ha provocado y regula el intercambio de vídeos en las plataformas digitales. Reflexiona sobre la posible exención de responsabilidad de las plataformas por su debatida consideración de actividad meramente automática y pasiva a tenor de la Jurisprudencia del TJUE en el caso Google Francia y siguientes, y la revisión del régimen normativo de la Unión que esta realidad provoca. Finaliza el trabajo con el estudio de las consecuencias de la consideración de acto de comunicación al público de la actividad de compartir contenidos con derechos de autor y con un análisis crítico sobre la Jurisprudencia del TJUE que no considera a alguna de estas plataformas, como UBER, como prestadores de servicios de la sociedad de la información. La segunda de las ponencias, del Profesor F. Esteben de la Rosa, analiza el modelo de protección internacional de la parte más débil en la regulación del modelo contractual triangular de la economía colaborativa y la aplicación del ya citado Reglamento 2019/1150. Para ello estudia la aplicabilidad de la regulación de la protección de consumidores, así como la limitación de la validez de algunas de las cláusulas de competencia y ley aplicable en las condiciones generales ofrecidas por las plataformas de economía colaborativa. Las desigualdades que presentan los distintos grados de protección de las normas que pueden ser aplicadas y la menor capacidad de la parte más débil de conocer todos los regímenes

aplicados aconsejan la actividad legislativa del legislador europeo otorgando mayor protección a la misma. En la última de las ponencias, la profesora C. Fratea analiza la protección de los trabajadores en el transporte aéreo *Low Cost*, con su especial dificultad por su gran movilidad y la dificultad de concretar el lugar de prestación de la actividad laboral, obteniendo interesantes conclusiones de la Sentencia Ryanair de 2017. En la aplicación del artículo 21 del Reglamento Bruselas I bis y del concepto autónomo del contrato las tripulaciones deben estar sometidas a una sola ley, que será la del Estado miembro donde se ubica la base operativa del personal de vuelo de los que la resolución concreta varios criterios que analiza. Si no pudiese determinarse esta base el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, que sin embargo en el caso del transporte aéreo *low cost* nos llevaría a la aplicación de la ley irlandesa, no particularmente favorable para el trabajador.

9. Dos son las comunicaciones presentadas en este tercer bloque que analiza la economía colaborativa. En la primera la profesora M. Font-Mas analiza cuáles son las normas imperativas españolas que obligan en los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico. Partiendo de la consideración del contrato entre la plataforma y el anfitrión de corretaje y con el huésped turista de servicio con un consumidor, estudia la relación entre el anfitrión y el huésped, que califica como contrato de arrendamiento del inmueble. Para la autora a dichos contratos se le aplica el foro exclusivo del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis y le es aplicable la ley acordada por las partes por la autonomía de la voluntad y en caso contrario la ley del lugar del inmueble por prescripción del artículo 4.1 del Reglamento Roma I. Asentadas así las cosas la autora analiza si podrían considerarse normas imperativas las autonómicas e incluso locales que regulan esta actividad, mostrándose favorable a esta posibilidad. Hace una última interesante reflexión sobre la oportunidad de una modificación legislativa europea en la materia que sea sensible al cumplimiento de los ODS 11 y 12, al acceso a la vivienda y la urbanización inclusiva y sostenible y al turismo sostenible. En la segunda de las comunicaciones, la Profesora N. Magallón Elósegui analiza la Directiva 2018/957 en su aplicación a los trabajadores desplazados con carácter temporal en su régimen diferenciado del

Reglamento Roma I, y en una valoración positiva de la misma destaca que la Directiva aclara el juego conflictual con Roma I al aportar una mejor delimitación del concepto de trabajador desplazado y el carácter de la temporalidad del desplazamiento con el periodo de 12 meses prorrogable otros 6. También analiza favorablemente la ampliación de forma clara y adecuada el conjunto de normas imperativas de la ley laboral del país de origen que le son aplicables al trabajador desplazado si son más favorables que las del país de destino, salvando así el principio general de Roma I de la *lex loci laboris*, lo que mejorará su protección y evitará el dumping social.

10. El último capítulo nos lleva directamente al futuro centrándose en el escenario digital. La primera ponencia del profesor A. Ortega Giménez expone las soluciones jurídicas aplicables a los *Smart Contracts*, o contratos inteligentes, que para el autor ni son contratos bilaterales ni son inteligentes. Afirma que no son contratos porque lo que se produce es la ejecución de un contrato que ya existía anteriormente y en el que, confirmada una eventualidad (la llegada del inquilino a la vivienda, por ejemplo), ejecuta una consecuencia (desbloquea la puerta y le permite el acceso). Y no son inteligentes porque lo único que realizan es la automatización de órdenes básicas preestablecidas. Para el autor, si bien los distintos preceptos que regulan la competencia internacional en Bruselas I bis son aplicables a estos acuerdos según si se producen entre empresas o con consumidores y su naturaleza jurídica, necesitan una actualización que regule la competencia judicial internacional específicamente en este tipo de acuerdos. Igual ocurre con Roma I, que regula que la aplicable a estos acuerdos es la designada por las partes por la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, y en caso contrario la de la residencia habitual de quien realice la prestación característica, pero señala que también necesita una previsión específica que aclare la ley aplicable a estas nuevas realidades cuando de forma automatizada provoquen efectos jurídicos en una determinada situación internacional y figure una elección de ley automática desconocida por el contratante. En la segunda ponencia del Profesor F. Méndez González se exponen los problemas que plantea el acceso al Registro de la propiedad de los contratos de bloques, en especial porque los Registros no pueden ser considerados como bases de datos automatizadas ni el acceso automatizado de

estos contratos pueden producir efectos similares a la fe pública registral. Desde una perspectiva crítica sobre la posibilidad del registro automático de estos contratos, analiza cuáles son las dificultades que presentan, como la falta de una clara apreciación de la identidad de las partes o de la presentación de los consentimientos necesarios, entre otros, lo que ha provocado que en la actualidad no haya ningún Estado que haya implantado un sistema registral automatizado a partir de un sistema de cadena de bloques, lo que no se le puede llamar al embrionario proyecto existente en el Condado de Cook en la ciudad de Chicago y ha motivado programas de investigación de la UE que analizan cómo resolver estos problemas en el futuro.

11. Finaliza este cuarto bloque y con él la obra con dos comunicaciones centradas en esos servicios digitales. La primera, de la Profesora I. Basoredo-Otzerinjauregui analiza la ley aplicable a los contratos de suministro de servicios digitales en la regulación de la Directiva 2019/770, que tiene como finalidad armonizar las normas sustantivas de los Estados miembros sobre protección de consumidores en la contratación de servicios digitales. Sin embargo, la Directiva no tiene como finalidad lograrlo de forma completa, toda vez que su ámbito de aplicación no abarca la celebración, validez, nulidad, los efectos del contrato o la legalidad de los propios contenidos y servicios digitales y se centra en la conformidad del objeto del contrato o su falta, las medidas correctoras en caso de este tipo de vicio o del incumplimiento del contrato, las modalidades para exigir tales medidas correctoras y la modificación del objeto del contrato. En estos contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de precio o de la cesión de datos personales, la Directiva admite la autonomía de la voluntad y el acuerdo de la ley aplicable (generalmente en contratos de adhesión la de la residencia habitual de quien presta el servicio) siempre que se informe al consumidor claramente de que también le amparan las normas imperativas de la ley de su lugar de residencia. En caso contrario la elección de ley se considera nula por abusiva por inducir a error al consumidor, lo que valora favorablemente la autora para la protección de las PYMES en la UE cuando esta normativa se unifique en los distintos Estados miembros. En el improbable caso de falta de elección de la ley, la aplicable será la de la ley de residencia del consumidor, si bien en el caso de contratos B2B se producen dificultades en

la categorización de las contrataciones según los tipos de contratos del artículo 4 del Reglamento Roma I que la autora analiza con detenimiento en la identificación de la prestación característica. La segunda comunicación es la del Profesor J. G. Horrach Armo que analiza los problemas de Derecho internacional privado de los *Smart Contracts* y la tecnología *Blockchain*, y los divide en dos categorías. Expone por qué a su juicio los contratos de suministro de mercancías, los de transporte de pasajeros, los de vivienda vacacional y los de seguros no presentan grandes problemas en la aplicación de las normas clásicas de Derecho internacional privado, toda vez que los criterios de los Reglamentos son fácilmente identificables y aplicables a los mismos. Sin embargo, los contratos que se autosejecutan en el ciberespacio mediante tecnología de bloques no pueden ser tan fácilmente identificables y expone mediante el método de los problemas de supuestos prácticos la oportunidad de una regulación específica para los mismos.

12. En definitiva, todos los iusprivatistas internacionalistas nos debemos felicitar por la publicación de una obra que con perfecta estructura en cuatro bloques temáticos abarca el estudio de una elevada cantidad de situaciones conflictivas de gran interés en la contratación internacional. Temas actuales de concreto interés internacional geoestratégico y también de aplicación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I en la generalidad de los contratos internacionales. Aspectos de la nueva contratación digital que ya está aquí y que ya han provocado modificaciones legislativas y asuntos que a buen seguro las motivarán en el futuro. Temas ya resueltos por la jurisprudencia española europea e internacional y problemas que deberá tratar en el futuro. Desde luego que hay que agradecer a la Profesora Jiménez Blanco y al Profesor Espiniella Menéndez su ingente y excelente trabajo de coordinación de un volumen de más de 700 páginas que nos ofrece un resultado tan enriquecedor.

FABRIZIO MARRELLA / NICOLA SOLDATI (Eds.). *Arbitration, Contracts and International Trade Law / Arbitrato, contratti e diritto del commercio internazionale. Essays in honor of Giorgio Bernini/ Studi in onore di Giorgio Bernini*. Milan, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, 683 pp.

ILARIA PRETELLI

Collaboratrice scientifique

  l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne

ORCID ID: 0000-0002-6231-8343

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6769>

“E’ italiano ma   bravo”: eloquent are the words of the title of Giorgio Bernini’s last book, published in the year of his ninetieth birthday. Fabrizio Marrella recalls it in the first page of the *prefazione* co-signed with Nicola Soldati. In remembering Giorgio Bernini, they bring readers directly into the atmosphere of his life and into the spirit of his team of researcher and professionals: dynamic, to the point and indefatigably committed. Not just the first Italian to make an international reputation in his field, Giorgio Bernini became honorary president of ICCA, Italian Minister of Foreign Trade, Member of the Italian Antitrust Authority, Member of the ICC Institute of World Business Law to the International Council for Commercial Arbitration. Beyond the impressive list of his honorary and professional charges, he was an astounding lawyer, an arbitrator and a Professor. He held the chair of European Union Law, Arbitration and International Commercial Law at the University of Bologna for almost 30 years. His 385 contributions ranging from civil law, to commercial law, private international law, arbitration, uniform law, antitrust and administrative law have allowed his friends, amongst the most highly qualified publicists of the contemporary world, to choose the topics of their essays.

The book opens with tributes from Yves Derain, Lise Bosman, Maria Beatrice Deli and Antonio Fraticelli. Thirty articles are collected in this volume and make the book an affectionate salute from past students and colleagues.

The first part is on “contracts and international trade law”. Guido Alpa offers an interesting essay of party autonomy from a civil lawyer perspective and with reference to purely internal contracts. Without taking for granted its admissibility, he indulges on the constitutional and theoretical premises. In the same vein, Alfonso-Luis Calvo Caravaca explores the same premises with reference to international contracts, recalling the most classical lessons given by European courts and scholars, and inviting the reader to go past the borders of pure legal theory to welcome the lessons from anthropology and sociology. Javier Carrascos Gonzales moves towards guiding the practitioners confronted to multiple or partial choice of law. Roberto Ceccon undertakes the task of moving from autonomy to *Vis major cui resisti non potest* and Abdel Hamid El Ahdab, attempts an interesting comparative analysis between the Islamic sharia and Roman law. Investment law is unsurprisingly well represented with Gabriele Crespi Reghizzi, attentive to the developments in Russia, Ernst-Ulrich Petersmann measuring the distance between arbitration and judicial overreach. The importance of harmonised international regulations to provide not only legal certainty but enhanced financial security is shown by the works of Roy Goode on the 2001 Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its Aircraft Protocol; Fausto Pocar who discusses the achievements and the still unresolved challenges of the new unified patent tribunal and H. Ercument Erdem on the

Incoterms 2020. The section also includes essays from Kaj Hober, Marcel Fontaine, Maria Alessandra Stefanelli.

The second part, under the title “arbitration: domestic law and international conventions” also includes one of the last essays (if not the very last) written by the Emmanuel Gaillard who unfortunately died, as Giorgio Bernini himself, before the *Liber Amicorum* could be published. Gaillard’s essay is dedicated to *Kompetenz-Kompetenz*, in its negative aspect, and shows its crucial importance in promoting arbitration. Nicolas Angelet, Stefano Azzali, Ronald A. Brand, Sergio M. Carbone, Dominique Carreau, Claudio Consolo, Giorgio De Nova, Donald Francis Donovan, Romain Zamour, Ugo Draetta, José Carlos Fernandez Rozas, Maria Chiara Malaguti, Eleonora Finazzi Agrò, Margaret

L. Moses, William W. Park, Hassan Rahdi, Christoph Schreuer, Shengchang Wang and the editors Fabrizio Marrella and Nicola Soldati author the essays forming the second part of the book on arbitration.

The book closes with a tribute to Italy, a few pages given by Giorgio Bernini to Fabrizio Marrella in 2018, which were, until now, unpublished (*Speranza: l’Italia che amo*) and a long *Tabula Gratulatoria*.

Beyond the importance of the essays it contains and the originality of the format chosen, the book shows that the legacy of Giorgio Bernini is in good hands: colleagues and friends continue his scientific and pedagogical mission with his same fervent commitment, or to put it his words “enthusiasm ... energy and will, ... and desire of knowledge” (at p. 679, *ma* in italiano!).

GIRGADO PERANDONES, PABLO y GONZÁLEZ BUSTOS, JUAN PABLO (Coords.).
*Transparencia y competitividad en el mercado asegurador. Insurtech,
distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia.*
Editorial Comares, 2021, 639 pp.

ELISEO SIERRA NOGUERO
Profesor Agregado de Derecho Mercantil
Universitat Autònoma de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-6023-690X

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6770>

La obra colectiva recensionada es otra valiosa aportación a la investigación jurídica que, bajo el liderazgo de Pablo Girgado Perandones, y en el marco del Proyecto de Investigación DER2017/87993-P, financiado por FEDER / Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades / Agencia Estatal de Investigación, viene desarrollando el Grup de Recerca Dret d'Assegurances de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, reconocido por la Generalitat de Catalunya, con notorios buenos resultados desde hace tiempo.

La obra procede del Congreso Internacional de Seguros, titulado *Nuevos retos en el derecho del seguro: hacia un mercado asegurador más transparente y competitivo. Conmemoración de los 40 años de la Ley del Contrato de Seguro (1980-2020)*, celebrado los días 7 y 8 de mayo de 2021, por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, juntamente con la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de los Seguros (SEAIDA) y su Sección en Cataluña.

En la presentación, Pablo Girgado Perandones y Juan Pablo González Bustos, exponen las líneas básicas en que se han agrupado las contribuciones de los autores, girando siempre entorno a la necesidad de mejorar la transparencia y la competitividad de las entidades aseguradoras.

Los bloques temáticos son de gran actualidad e interés jurídico y económico: 1) La incorporación de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora; 2º) La distribución de seguros, especialmente a partir del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea (RDL 3/2020); 3º) El fortale-

cimiento del gobierno corporativo de las entidades aseguradoras en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR); 4º) La contratación de seguros y la protección del asegurado que, si bien no ha habido modificaciones legislativas, sí son cuestiones de resolución diario en los tribunales de justicia; 5º) Los seguros marítimos y el Brexit, y; 6º) Los efectos sobre la actividad aseguradora de la pandemia de la Covid-19.

En el primer bloque temático, denominado “Nuevas tecnología y seguro”, Sara Salini ofrece una visión jurídica completa y actual de cómo las *insurance technologies (insurtech)* se están incorporando al proceso de producción, distribución, gobernanza y supervisión del mercado de seguros. Rafael Illescas aborda a continuación el aseguramiento de los riesgos cibernéticos o riesgos que los equipos electrónicos corren o generan para su operador y/o propietario por su uso en conexión con las redes de transmisión de datos, tanto por daños propios como frente a terceros. También en el marco de los ciberriesgos, Joaquín Alarcón Fidalgo analiza cómo las tecnologías *Big Data, Blockchain, Smart Contracts* y los algoritmos complejos están repercutiendo ya en la forma de contratar los seguros. Por ejemplo, en el ámbito de la salud, hay varios programas que usan algoritmos con la experiencia acumulada en varios hospitales. Félix Benito Osma, al abordar el Derecho de los seguros en el mercado digital, exige normas uniformes, proporcionales, claras, sencillas y transparentes. La intermediación de profesionales y de plataformas digitales no pueden, en ningún caso, restringir los derechos y expectativas de los asegurados, sean

consumidores o empresarios. El bloque se cierra con la aportación de Pablo Girgado Perandones sobre las implicaciones jurídicas en el contrato de seguro por las propuestas regulatorias de la inteligencia artificial (IA). Destaca cómo la compañía aseguradora puede, gracias a la IA, interrelacionar una gran cantidad de información. El autor avisa, sin embargo, de la falta de neutralidad de la IA y del riesgo de seguridad jurídica que supone el uso no controlado de los datos de los asegurados.

El segundo bloque temático sobre “Gobernanza y distribución” aborda aspectos esenciales del RDL 3/2020. Pablo Martínez-Gijón Machuca trata de los requisitos en el diseño, aprobación y control de productos de seguro y en materia de gobernanza a propósito del art. 185 RDL 3/2020. Rafael La Casa reflexiona sobre las ventas vinculadas (art. 128.24) y combinadas (art. 128.25), cuyo régimen es insuficiente para responder a la problemática que éstas suscitan en la distribución de seguros. Miguel Iribarren analiza los arts. 178 a 183 RDL 3/2020, sobre requisitos adicionales para la distribución de los productos de inversión basados en seguros. Covadonga Díaz Llavona realiza un examen sobre el régimen jurídico de las participaciones en sociedades de agencia y corredurías de seguros, con especial referencia a las participaciones de o en entidades aseguradoras, a la vista del art. 128, apartados 12 y 13 RDL 3/2020 y los conceptos incluidos en los arts. 9.4, 9.5 y 9.6 LOSSEAR, sobre participación, participación significativa y vínculos estrechos. Finalmente, Juan Pablo González Bustos, tras un exhaustivo análisis del gobierno corporativo, concluye que los consejos de administración de las entidades aseguradoras, en la mayoría de casos, no cumplen con las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno corporativo.

El tercer bloque dedicado, específicamente, a la “Transparencia y competitividad”, se inicia con el capítulo de María Jesús Peñas Moyano sobre el art. 172 y otros relacionados del RDL 3/2020, reguladores de las obligaciones de información y normas de conducta que pesan sobre los distribuidores de seguros. A continuación, Juan Bataller Grau investiga sobre el servicio de atención al cliente y el defensor del cliente de seguros en la LOSSEAR y el RDL 3/2020; sobre el procedimiento pericial del art. 38 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; y sobre otros mecanismos de resolución de conflictos en los seguros privados, como el arbitraje, la mediación y la jurisdicción voluntaria. María Luisa Muñoz Paredes aborda el cálculo de

las primas de seguro con aplicación de la IA y, en concreto, su análisis matemático (algorítmico) de grandes cantidades de datos (*Big Data*) y las medidas legales para evitar discriminación entre asegurados e incrementar las medidas de transparencia en la aplicación de estas tecnologías. En el marco de la transparencia, Marcelo Barrientos Zamorano expone la necesidad de que las aseguradoras e intermediarios ajusten sus procedimientos internos para proteger a los “adultos mayores” (60 años en adelante, según la Ley chilena 19.968). Tanto para protegerlos cuando contraten el seguro, como para no ser excluidos de cobertura aseguradora. Javier Vercher Moll cierra el bloque llevando a cabo un análisis del contrato por el cual las entidades de seguros y reaseguros externalizan servicios de almacenamiento de datos, procesos técnicos y asistencia remota con proveedores de servicios en la nube.

El cuarto bloque se titula “Protección del cliente”. En primer lugar, Abel B. Veiga Copo aborda el supuesto de la desintermediación matizada el reforzamiento de los deberes que sobre los distribuidores de seguro. Especialmente, detalla el contenido de las obligaciones de información, idoneidad y adecuación al distribuir productos de inversión vinculados a un seguro. Hilda Aguilar Grieder, luego, analiza la protección del asegurado, esencialmente desde el Derecho internacional privado. En particular, trata con rigor el contenido del Reglamento Bruselas I bis sobre la competencia judicial internacional (arts. 4 a 35) y la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras (arts. 36 a 60), así como en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En portugués, Maria Inês de Oliveira Martins aborda el interesante tema de los seguros telemáticos que dan lugar a aplicar descuentos en la prima, especialmente en los seguros de automóvil. La condición es el análisis continuo de datos que suministra una caja negra instalada en el vehículo o en el teléfono móvil del conductor, y que suministra datos de interés para la aseguradora sobre la velocidad, la localización o la forma de conducción del vehículo. El bloque concluye con la contribución de Irene Córdoba Mochales, sobre la protección del cliente durante la contratación electrónica del seguro.

El quinto bloque temático sobre “Seguro marítimo, responsabilidad y Brexit” se inicia con el análisis por parte de Eliseo Sierra Noguero del proceso de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de condena al asegurador británico de responsabilidad civil del buque “Prestige” en el Reino Unido.

El club P&I se ha opuesto. El juez inglés, a petición del Estado español, ha planteado una cuestión prejudicial, pendiente de resolución, para determinar si la sentencia británica que reconoce un laudo arbitral sobre la responsabilidad civil en el mismo caso impide o no la ejecución de la sentencia española en el Reino Unido. José Luis García-Pita y Lastres, también en el marco de la contaminación marítima por hidrocarburos, analiza las opciones de suprimir la limitación del asegurador dispuesta en el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (CLC). Alberto Tapia Hermida enlaza este bloque con el siguiente, en lo que denomina “dos tsunamis sucesivos”, el Brexit y la Covid-19, y sus efectos sobre el sistema financiero y el mercado asegurador. Entre los efectos de la Covid-19, el autor destaca la implicación a largo plazo de los aseguradores como inversores institucionales (art. 89 bis y ter Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, ROSSEAR); la expansión del *insurtech*; la expansión de y la sostenibilidad financiera medioambiental o ecológica de los aseguradores; así como la concentración de entidades aseguradoras.

El sexto y último bloque se titula “Pandemia y seguro” y, como su nombre indica, es de la máxima actualidad. Francisco Javier Tirado Suárez postula, tras un análisis pormenorizado, por la plena aplicabilidad al ámbito del contrato de seguro de automóvil la cláusula *rebus sic stantibus* en base a la pandemia. Señala que los tomadores/asegurados pueden solicitar una reducción de la prima percibida o un incremento del período de cobertura en un plazo de 2 a 6 meses en función del vehícu-

lo y su dedicación fundamental. Alvaro Requeijo Torcal trata sobre las exigencias y necesidades del tomador en la era post Covid-19. Resalta la intensificación en la agilidad en la contratación, gracias a instrumentos como la firma electrónica; la progresiva personalización de coberturas a partir del *Big Data*; y el establecimiento de coberturas dinámicas, como el aseguramiento *on demand*, para la cobertura de riesgos precisos en cada momento concreto. María José Otazu Serrano analiza la influencia de la Covid-19 en las exigencias de transparencia de las entidades de seguro, con tratamiento específico en los distintos contratos de seguro (vida, decesos, enfermedad, viaje y asistencia en viaje, protección de pagos y de automóvil). Sheila Alberti Pina se centra en la posible variación de la prima del contrato de seguro como consecuencia de la declaración del estado de alarma por la Covid-19. María Gómez Santos cierra la obra colectiva, mostrando en detalle los instrumentos que hacen del seguro una herramienta indispensable para impulsar la internacionalización de las empresas en tiempos de crisis. Por ejemplo, las líneas extraordinarias de cobertura aseguradora de créditos de circulante por la Covid-19.

En conclusión, la obra colectiva cuenta, como se ha descrito, con aportaciones de interés y actualidad, tratadas en profundidad por los mayores expertos jurídicos de España en materia de Derecho del seguro. Va a ser una obra de consulta obligatoria para los estudiosos del Derecho del seguro, los profesionales del mercado asegurador y distribuidor de seguros y los asegurados. Felicitar así a los Coordinadores y autores por la excelente aportación de calidad a nuestra bibliografía jurídica en Derecho de los seguros privado.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores/Autores), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ y JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO (autores). *Litigación Internacional en la Unión Europea (V), Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido de la Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 651 pp.

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6771>

1. En torno al Profesor CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la *Universidad Carlos III de Madrid* y, sin duda, uno de los académicos y juristas españoles más destacados de las generaciones que todavía están en activo en la Universidad, con amplísima repercusión y reconocimiento nacional e internacional, se ha formado una reputada escuela *iusprivatista* internacional, que ha contribuido decisivamente a la consolidación entre nosotros de esta disciplina—hasta hace pocas décadas impropriadamente fusionada en España con el Derecho Internacional Público—, en momentos, además, donde el carácter internacional de las relaciones jurídicas entre privados, a todos los niveles y en todos los ámbitos, la hacen si cabe más imprescindible, como lo saben bien todos los que tienen alguna experiencia en el mundo de la práctica jurídica.

Es una admirable característica de esta escuela la realización de trabajos colectivos, de los que son sus buques insignia el monumental *Tratado de Derecho Internacional Privado*, sucesor del que en realidad ya lo era con el simple título de *Derecho Internacional Privado*, y con numerosas ediciones (*rara avis* en el actual panorama de inflación de publicaciones), y los *Cuadernos de Derecho Transnacional*, que hoy en día ocupan un lugar prominente en el nutrido elenco de las revistas jurídicas editadas en España y fuera de ella. Estas iniciativas frecuentemente están asociadas a la convocatoria de otros académicos—la revista lo es

de suyo—, como es el caso de la obra que ahora se reseña, donde junto al Profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ, que la codirige y la Profesora RODRÍGUEZ RODRIGO, participa asimismo la Profesora GALLEGO SÁNCHEZ, mercantilista especializada en Derecho concursal, y cuya colaboración es muy oportuna dada su temática.

2. La obra reseñada no desdice, sino que refuerza lo indicado. Forma parte de una sólida colección referida a la *Litigación Internacional en la Unión Europea*, con entregas anteriores, dirigidas asimismo por los Profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, y cuyo objeto ha sido el estudio académico minucioso y riguroso, pero siempre con la vista puesta en facilitar su aplicación práctica en los procesos que así lo requieran, de diversas disposiciones de la UE en materia de Derecho Internacional Privado, como los reglamentos Bruselas I bis (volumen I) y Roma I (volumen II), la Orden Europea de Retención de Cuentas (volumen III) y el Reglamento de sucesiones *mortis causa* (volumen IV).

En esta entrega V de la *Litigación Internacional*, se continúa con el estudio de los reglamentos europeos en la materia, analizándose ahora el Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre *procedimientos de insolvencia*, pero el objeto de la obra es en este caso más amplio que en las entregas anteriores y, por tanto, más ambicioso, porque también se estudia una norma nacional

española, como es el libro que dedica el vigente *Texto refundido de la Ley concursal* a las reglas de Derecho Internacional Privado en este ámbito (libro tercero), así como la reciente Directiva (UE) 2019/1023 sobre *reestructuración e insolvencia*, que pretende una armonización mínima en este tipo de procedimientos que deben incorporarse por las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE (en España, cuando se escriben estas líneas, está todavía pendiente la transposición, aunque hay ya un anteproyecto). Esto la convierte en realidad, como se expresa con acierto en su título, en una obra sobre *Derecho concursal internacional*, aunque esté centrada, como no podía ser de otra manera, en el contexto específico que plantea la UE y España.

Redactar una obra de estas características era un gran desafío, habida cuenta de lo intrincado de los problemas de legislación aplicable y competencia judicial que plantea la insolvencia cuando tiene un carácter internacional, por afectar a bienes, derechos, establecimientos y acreedores situados en diversos Estados. El reto, ya lo adelanto, ha sido superado con brillantez por los autores, de manera que el estudio y consulta de esta obra resultará de ahora en adelante indispensable para todo aquel que quiera adentrarse en este complejo mundo, tanto de manera académica como profesional, sea como litigador (para hacer honor al nombre de la colección) o como otro operador jurídico (juez, administrador concursal, etc.).

3. El carácter amplio de la obra se evidencia de manera especial en los dos primeros capítulos redactados por los Profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, y cuya función es situar al lector ante los problemas que plantea la insolvencia internacional y las soluciones que se han venido proponiendo para su resolución.

A este respecto, en el primer capítulo se introduce la función procesal y sustantiva del Derecho concursal, como procedimiento común que, además de ordenar la acción colectiva de los acreedores, pretende establecer el modo o medida en que los acreedores pueden satisfacer sus créditos. Asimismo, se destacan los presupuestos del Derecho concursal internacional, como son la internacionalización de la actividad económica, que, hoy en día, se produce prácticamente en todos los niveles y se ve facilitada por la existencia de diversos procesos de integración económica (como la UE, el NAFTA y Mercosur), y la inexistencia de un *Derecho*

concursal internacional uniforme. Los problemas que origina esta última situación, como advierten oportunamente los autores, se ven agravados por el *comportamiento oportunista* de los sujetos interesados: el deudor, los acreedores y los propios Estados. Los *deudores*, en una variante del llamado *Forum Shopping*, tratando de acogerse a aquellas legislaciones que entorpezcan en mayor medida la ejecución colectiva (vía transferencia de bienes y/o cambio de sede); los *acreedores*, precaviendo este tipo de comportamientos, encareciendo sus créditos o instando ejecuciones singulares veloces de los bienes de los deudores (frecuentemente con garantías reales *ad hoc*), desentendiéndose de los intereses de los demás acreedores (lo que, obviamente, rompe la finalidad última de los procedimientos concursales, que es la de consorciar obligatoriamente su actuación en interés común de todos ellos: la *masa de acreedores*); los *Estados*, finalmente, dictando reglas que favorezcan a los acreedores nacionales en detrimento de los foráneos. Con ello se desemboca en tres cuestiones a las que debe darse respuesta, y que son cuestiones clásicas del Derecho Internacional Privado (en este caso, de su sector el Derecho concursal internacional): 1) competencia judicial internacional; 2) legislación concursal aplicable, y 3) eficacia extraterritorial de las decisiones concursales.

En el segundo capítulo se abordan las soluciones que se han propuesto para dar respuesta a los problemas que plantea la insolvencia internacional y que han basculado, como resaltan los autores, entre dos “modelos antagónicos”. El primero de ellos es el de la *universalidad del procedimiento*, que mantiene la competencia judicial y la aplicación del Derecho del lugar donde tenga su sede o domicilio el deudor, con un único procedimiento concursal aplicable a todos los bienes y acreedores, con independencia de donde radiquen o cual sea su nacionalidad, y con decisiones que deben ser efectivas en todos los Estados donde se hallen bienes del deudor. El segundo, el de *territorialidad de los procedimientos de insolvencia* que, por el contrario, sostiene la competencia de los tribunales de todos aquellos Estados donde el deudor posea bienes, con aplicación de sus respectivas legislaciones y con la posibilidad de los acreedores de acudir solo a uno de los múltiples procedimientos (normalmente los nacionales del país, sin que se acepten los extranjeros), y con decisiones territorialmente limitadas al Estado en el que se adoptan. Como bien advierten los autores, cada uno de los

dos sistemas tiene sus ventajas y sus inconvenientes, que exponen de manera compendiada pero muy completa: p. ej., el sistema de la *universalidad del procedimiento* facilita la previsibilidad del régimen aplicable y evita parcialmente, aunque sin conjurarlo del todo, el *Forum Shopping*, pero beneficia a acreedores del primer mundo en detrimento de los de países menos desarrollados; el de la *territorialidad* beneficia a los acreedores locales, lo que es importante en el caso de los modestos, y sintoniza con la “soberanía del Estado sobre su propio territorio”, pero rompe la *par conditio creditorum*, que es una regla básica de los procedimientos concursales. Como apuntan los autores, para tratar de mantener las ventajas y contrarrestar los inconvenientes de ambos modelos han surgido las tesis mixtas de los procedimientos secundarios de insolvencia y los procedimientos territoriales independientes inevitables.

4. El capítulo III, asimismo redactado por los Profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, aborda el estudio del Reglamento (UE) 2015/848 sobre *procedimientos de insolvencia*. Con carácter previo se exponen sus *antecedentes históricos*. Los remotos fueron dos proyectos de Convenio de 1970 y 1980 (previamente se había suscrito el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que excluía los procedimientos de insolvencia), que fueron abandonados, así como por el Convenio de Estambul de 5 de junio de 1990, sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, auspiciado por el Consejo de Europa, pero que tampoco llegó a entrar en vigor al no producirse el número de ratificaciones exigible, así como la *Ley modelo sobre insolvencia internacional* de 1997 obra de la UNCITRAL. Los antecedentes próximos, son el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia que, si bien no entró en vigor por la negativa del Reino Unido a firmarlo (por razones políticas más que concursales, como advierten los autores), cuando se *comunitarizó* el Derecho Internacional Privado en la reforma de los tratados (Maastricht y Ámsterdam), pasó con escasas alteraciones al Reglamento (CE) 1346/2000, que es la norma que viene a sustituir el vigente (CE) 2015/848.

A continuación, se estudian los *caracteres* del actual Reglamento (CE) 2015/848 como reglamento europeo que es (norma de alcance general,

obligatoria y directamente aplicable, que goza de primacía) y sus *objetivos*. En este último punto se destaca su *rechazo a la unificación internacional del Derecho concursal*, con explicación de sus motivos: sobre todo pesó, como subrayan los autores, una visión realista, pero también los principios europeos de subsidiariedad y proporcionalidad. En este contexto, se resalta su impulso a la creación de un Derecho Internacional Privado en la materia, que coexiste con el mantenimiento de los Derechos concursales nacionales, pero con fomento de la competencia leal entre las empresas que compiten en la UE, necesidad de cooperación internacional y eliminación de comportamientos fraudulentos (los comportamientos oportunistas a los que ya se ha hecho referencia). Opción que sin duda quedará reforzada por la armonización de estos Derechos nacionales, tarea que ha comenzado a emprenderse parcialmente con la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que asimismo se estudia en el capítulo V.

El régimen jurídico dispuesto por el Reglamento se analiza con una sistemática y una exhaustividad encomiable, lo que facilita una fácil y segura localización de todos los problemas relevantes. Se comienza, como es lógico, con su ámbito de aplicación (espacial, personal y material –o procedimientos y deudores sujetos al Reglamento–) y el análisis del *sistema* que acoge. En este último punto los autores destacan la dificultad de explicar su sistema, porque el Reglamento no ha seguido ninguna de las tesis puras que se han propuesto tradicionalmente y que ya expusieron anteriormente, consciente de sus ventajas e inconvenientes, de manera que llega a una posición, que califican de *post-moderna*, siguiendo una vía mixta o modelo intermedio, donde se proponen tres alternativas, cuya implementación dependerá de las iniciativas que en un sentido u otro acaben adoptando los acreedores o el administrador del procedimiento (y naturalmente el propio deudor, legitimado para solicitar la apertura del procedimiento); a saber: 1º) procedimiento de insolvencia único y universal; 2ª) procedimiento de insolvencia universal y principal combinado con procedimientos de insolvencia territoriales secundarios; 3ª) múltiples procedimientos de insolvencia territoriales independientes.

A continuación, se examinan las reglas de *competencia judicial internacional*, donde los autores destacan que el Reglamento sigue un sistema de “universalidad atenuada”, ya que, si bien inicialmente se parte de un único procedimiento prin-

cial de insolvencia, se ofrece la posibilidad de que se abran otros *procedimientos territoriales y secundarios de insolvencia*. En este contexto, se examinan por separado las reglas aplicables en este punto al procedimiento principal de insolvencia y a los procedimientos territoriales secundarios e independientes.

Respecto al *procedimiento principal*, que se desarrollará en el Estado miembro donde el deudor tenga el *centro de sus intereses principales*, se analizan con gran detalle y rigor, con remisión a la jurisprudencia (del Tribunal de Justicia, pero también de tribunales nacionales) y doctrina relevantes, los diversos y muy complejos problemas que plantea la determinación de este foro. En cuanto a los *procedimientos secundarios y territoriales*, se estudian asimismo las condiciones exigidas por el Reglamento para su apertura y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando se haya abierto un procedimiento principal de insolvencia, circunscribe a los Estados miembros donde el deudor tenga un *establecimiento*, sin que baste la mera existencia de bienes aislados. Los autores destacan, en este punto, que en el caso de que se abra un procedimiento principal, los territoriales pasarán necesariamente a ser secundarios.

Seguidamente, se estudia la *ley aplicable a los procedimientos de insolvencia*, que parte de la clásica regla *Lex Fori Concursi*. Aquí, de nuevo con amplio apoyo jurisprudencial y bibliográfico, se resalta su sólido *fundamento* (entre otras razones, su facilidad de determinación y aplicación, y la coincidencia *Forum-Jus*), y se analiza su alcance, tanto desde la perspectiva procesal como sustantiva. Igualmente, y con el mismo rigor, se examinan las excepciones a la regla que establece el propio Reglamento en sus arts. 8 y ss., en relación con cuestiones sujetas a *conexiones especiales*, así como el fundamento de estas excepciones y su alcance: derechos reales de terceros, compensación, reserva de dominio, contratos sobre inmuebles, sistemas de pago y mercados financieros, contratos laborales, derechos sometidos a registro, patentes europeas de efecto unitario y marcas comunitarias, actos perjudiciales para los acreedores y de disposición del deudor después de la apertura del procedimiento (reintegración de la masa), efectos sobre procedimientos judiciales o arbitrales en curso.

El capítulo continúa abordando el problema del *reconocimiento y ejecución* de las resoluciones relativas al procedimiento de insolvencia. En primer lugar, se examina el carácter de dicho reco-

nocimiento que, aun siendo de pleno derecho, los autores consideran que no es un “reconocimiento automático”, como frecuentemente se afirma, ya que para que se produzca dicho reconocimiento tienen que cumplirse diversos presupuestos, entre ellos, que el procedimiento extranjero sea concursal, que la resolución proceda de una autoridad judicial competente conforme determina el Reglamento y que no sea contraria al orden público. Seguidamente, se estudian las resoluciones que son objeto de este reconocimiento, no solo las de apertura y las relativas al desarrollo y terminación del procedimiento, sino otras dictadas a consecuencia del ejercicio de acciones directamente derivadas del procedimiento, estableciendo para otros casos las fronteras con la aplicación del Reglamento Bruselas I bis. De la misma manera se analizan los motivos de posible rechazo al reconocimiento (en particular en relación con el orden público). En este punto, los autores se refieren al silencio que guarda el Reglamento respecto a decisiones inconciliables con otras adoptadas previamente por el Tribunal del Estado en el que se pretende el reconocimiento, que consideran “clamoroso” pero “explicable”, porque en el sistema del Reglamento no son concebibles estas resoluciones, ya que si se trata de un *procedimiento de insolvencia principal*, solo puede haber un centro principal de intereses, y si lo es *secundario*, será territorial por lo que la interferencia será muy reducida y está regulada por el Reglamento. Asimismo, se analizan de forma pormenorizada los efectos del reconocimiento y los problemas relacionados con la ejecución de las resoluciones, a las que se exceptúa del clásico requisito del *exequatur*.

Posteriormente, se examinan los *mecanismos de coordinación* de los procedimientos de insolvencia –cuando se hayan abierto varios procedimientos de este tipo, concurso principal y secundarios o territoriales–, basados en gran medida en la cooperación y comunicación entre órganos judiciales y administradores concursales, y en las reglas dispuestas para el respeto de la *par condicio creditorum* y la aplicación de *excedentes del activo* de los procedimientos secundarios de insolvencia.

Este largo e interesante capítulo (que equivale prácticamente a dos tercios de la obra) se cierra con el estudio de los derechos de los acreedores residentes en el extranjero, en relación con el derecho a presentar sus créditos, la información que deben recibir y las lenguas a utilizar, autorizándose que dicha presentación se haga en cualquiera de las oficiales de la UE, pero permitiendo que el

tribunal, el administrador concursal o el deudor exijan que se presente una traducción al idioma oficial del Estado de apertura del procedimiento.

5. El IV capítulo, redactado por la Profesora RODRÍGUEZ RODRIGO, se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado que, contenidas inicialmente en la Ley concursal de 2003, se recogen hoy en día en el libro tercero del *Texto refundido de la Ley concursal* aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, al que han pasado sin alteraciones significativas de forma que, como advierte la autora, es perfectamente utilizable el corpus doctrinal y jurisprudencial producido bajo el texto originario, al que la autora recurrirá frecuentemente, continuando con la línea de rigor que caracteriza al conjunto de la obra.

Comienza su estudio la Profesora RODRÍGUEZ RODRIGO destacando que la Ley concursal no define (paradójicamente) lo que ha de entenderse por *concurso internacional*, pero teniendo en cuenta que la exposición de motivos de la Ley concursal de 2003 aludía a los procedimientos con elemento de extranjería, hay que presumir que sigue la *tesis del elemento de extranjería puro*, de manera que se entenderá que “un procedimiento de insolvencia es internacional cuando presente algún elemento de extranjería, el que sea, sin importar su relevancia, intensidad o naturaleza”. Ahora bien, como la normativa española está subordinada jerárquicamente al Reglamento 2015/848, anteriormente estudiado, los concursos a los que resulte de aplicación este Reglamento, excluirán la de dicha normativa española, comenzando por el *principio de reciprocidad* que recoge el art. 712.2 del Texto refundido, que no operará en relación con los Estados miembros de la UE.

Seguidamente, se estudia el título I del libro tercero de la Ley concursal, relativo a las *disposiciones generales*. En este punto se aborda el ámbito de aplicación de la Ley concursal que, como resalta la autora, tendrá lugar en dos escenarios: por un lado, cuando el centro de intereses principales del deudor esté fuera de la UE; por otro, cuando conforme al Reglamento los jueces nacionales sean competentes y deban aplicar la *lex fori* del lugar del procedimiento (esto es, la Ley concursal española) y en relación con los bienes y derechos situados fuera de la UE (el Reglamento solo contempla los bienes y derechos situados en la UE).

A continuación, se analiza el título II del libro tercero de la Ley concursal, referido a la *Ley*

aplicable. En cuanto a la *competencia judicial*, la autora resalta que, pese a las imprecisiones técnicas de la Ley concursal, se atribuye únicamente competencia a los jueces españoles en relación con procedimientos territoriales, cuando el deudor posea en España un establecimiento y tenga su centro de intereses principales fuera de la UE. Se examinan en este punto diversas cuestiones como la competencia judicial en caso de grupo de sociedades, la declinatoria y el alcance internacional de la jurisdicción. Asimismo, se estudia la ley aplicable al *procedimiento principal* –la *lex fori*– y sus excepciones, distinguiendo entre bienes intraconcursales (derechos reales y reservas de dominio, derechos del deudor sometidos a registro, entre otros) y los bienes extraconcursales; así como la ley aplicable al procedimiento territorial y las reglas comunes a ambos procedimientos.

Posteriormente, se estudia el título III del libro tercero de la Ley concursal, atinente al *reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia*. Respecto al reconocimiento en España de resoluciones extranjeras, se destaca cómo la Ley concursal se remite a la Ley 29/2015 de *cooperación jurídica internacional en materia civil*, analizándose las cuestiones más relevantes, coordinando lo que señala esta última Ley con lo que dispone la propia Ley concursal, que exige el *exequatur* para su ejecución en España. Finalmente, se aborda el título IV del libro tercero de la Ley concursal, que contempla la *coordinación* entre procedimientos paralelos de insolvencia, abordándose los distintos mecanismos que se contemplan de comunicación y coordinación entre los administradores concursales y los órganos judiciales correspondientes.

6. La obra se cierra con un capítulo V, redactado por la Profesora GALLEGO SÁNCHEZ, sobre la Directiva (UE) 2019/1023 sobre *reestructuración e insolvencia*.

Comienza este capítulo resaltando las grandes diferencias regulatorias existentes entre los Estados miembros en materia de procedimientos de insolvencia, y cómo esto es un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior y la circulación de capitales. Los sucesivos reglamentos sobre procedimientos de insolvencia (el precedente 1346/2000 y el actual 2015/848) –como ya se ha visto en otros capítulos de la obra– no han acabado con esta situación pues ninguno de ellos armoniza normas sustantivas, sino que solo establecen reglas

de Derecho Internacional Privado. Debido a ello, por iniciativa del Parlamento Europeo, comenzó a trabajarse a comienzos de los años 2010 en la armonización de esta legislación, hasta llegar a la actual Directiva, cuyos hitos expone con cierto detalle este capítulo. Aun siendo un avance significativo, como señala la Profesora GALLEGO SÁNCHEZ, la Directiva no zanja el proceso de armonización porque, por un lado, se ha concebido de forma deliberadamente fragmentada, ya que su ámbito de aplicación principal son los marcos de reestructuración preventiva y la exoneración de deudas; y, por otra, se ha concebido como una norma de mínimos, de manera que se dejan gran número de cuestiones a la apreciación individual de los Estados miembros.

A continuación, se realiza un estudio pormenorizado y crítico –la autora discrepa fundamentalmente de alguna de las soluciones adoptadas– de los principales aspectos de la Directiva. Se comienza por el análisis de los ámbitos regulatorios, que dentro del Derecho de la insolvencia, están afectados por la Directiva. Así, en primer término, se estudian los que atañen al Derecho pre-concursal, que son los llamados *marcos de reestructuración preventiva*, cuya función es evitar el concurso, examinándose su caracterización, los efectos sobre el deudor, los acreedores y los contratos, así como las alertas tempranas y el acceso a la información. Seguidamente se examinan las implicaciones de Derecho concursal, como es la *protección de la financiación de la reestructuración* si ulteriormente llega a declararse el concurso, medidas que son imprescindibles, como resalta la autora, para que puedan prosperar en la práctica estos marcos cuando se requiere la aportación de financiación suplementaria. Igualmente, en este ámbito se estudian las medidas que la Directiva establece para fomentar la eficiencia de los procedimientos concursales, relativas al estatuto de los profesionales intervinientes (en particular los administradores concursales) y la exoneración de deudas (la llamada *segunda oportunidad*), impres-

cindible para no desalentar la actividad emprendedora. Finalmente se estudian las implicaciones de Derecho de sociedades, exponiendo los mecanismos que establece la Directiva para flexibilizar este Derecho, que pudiera ser un obstáculo a la reestructuración (como la obligación de convocar junta general y ofrecer acciones con carácter preferente a los accionistas), así como para matizar el contenido de los *deberes fiduciarios* de los administradores en estos escenarios.

La parte final del capítulo, y de la obra, se centra en el estudio de los *planes de reestructuración* que, como la autora resalta, son “el núcleo central del sistema ideado por la Directiva en el entorno de los marcos de reestructuración preventiva ya que todas las medidas que se prevén están dirigidas a conseguir la ejecución del plan y a facilitar después su ejecución”. A este respecto se estudian de forma sucesiva su *caracterización* (la Directiva distingue dos clases de planes en función de que todas las clases de acreedores hayan votado o no a favor del acuerdo), los *presupuestos* (subjeto, objetivo y formal –se autoriza a los Estados miembros para que, además de al deudor, extiendan la legitimación a los acreedores y a los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de aquel–), su *contenido, adopción y confirmación*.

7. Como he señalado anteriormente, se trata a mi juicio de una obra excelente. Tiene la rara virtud de ser exhaustiva, pero a la vez ajustada: nada relevante falta, pero tampoco nada sobra. Por otro lado, a pesar de estar redactada por varios autores, sigue un mismo parámetro de concisión –se va al grano de los problemas sin excesos literarios– y claridad, características ambas que son muy de agradecer en una temática que, como ya advertía, es tremendamente complicada, por la enorme complejidad que ya de por sí tienen todos los procedimientos concursales y preconcursales, acrecentados exponencialmente cuando existe elemento extranjero, como es el caso.